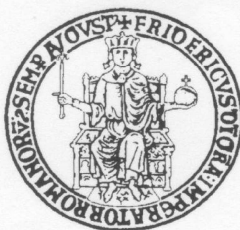


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca
in
Diritto romano e tradizione romanistica:
fondamenti del diritto europeo

XXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**La mancata comparizione e la mancata difesa delle parti nel
processo civile romano**

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Francesca Reduzzi

Candidata

dott.ssa Claudia Volpicelli

Coordinatore

Chiar.ma Prof.ssa Francesca Reduzzi

ANNO ACCADEMICO 2014- 2015

INDICE

<i>Introduzione</i>	I
---------------------------	---

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

LA PROBLEMATICHE DELLA MANCATA COMPARIZIONE DELLE PARTI NEL PROCESSO *PER LEGIS ACTIONES* E NEL PROCESSO *PER FORMULAS*

1. La <i>post meridiem praesenti litem addicito</i>	3
2. La <i>in ius vocatio</i> nelle <i>legis actiones</i>	12
3. La <i>in ius vocatio</i> nel processo <i>per formulas</i>	26

CAPITOLO II

LA *CONTUMACIA* NELLA *COGNITIO EXTRA ORDINEM*

1. Modi di citazione nella <i>cognitio extra ordinem</i>	57
2. Significati del termine <i>contumacia</i> nelle fonti romane.....	72
3. Il processo civile contumaciale.....	81
3. 1 La <i>contumacia</i> del convenuto.....	81
3. 2 La <i>contumacia</i> dell'attore.....	95

4. Il processo civile contumaciale nell'epoca di Giustiniano.....	106
4. 1 La <i>contumacia</i> del convenuto in diritto giustiniano.....	107
4. 2 La <i>contumacia</i> dell'attore in diritto giustiniano.....	112
5. La sentenza contumaciale e il "divieto" di <i>appellatio</i>	115

PARTE SECONDA

CAPITOLO III

LA *INDEFENSIO* NEL PROCESSO *PER LEGIS ACTIONES* E NEL PROCESSO *PER FORMULAS*

1. Il <i>se non defendere</i> nelle <i>legis actiones</i>	125
1. 1 La mancata collaborazione delle parti nella <i>legis actio sacramenti in rem</i>	125
1. 2 La mancata collaborazione delle parti nella <i>legis actio sacramenti in personam</i>	137
1. 3 La <i>legis actio per manus iniunctionem</i> . La mancata collaborazione delle parti può influenzarla?.....	143
1. 4 La mancata collaborazione delle parti nelle <i>legis actiones per iudicis arbitrive postulationem</i> e <i>per condictionem</i>	147
2. La cosiddetta <i>indefensio</i> nel processo <i>per formulas</i>	151
2. 1 La <i>lex Rubria de Gallia Cisalpina</i> e la cd. <i>indefensio</i> nelle <i>actiones in personam</i>	152
2. 2 La cd. <i>indefensio</i> nelle <i>actiones in rem</i>	167
2. 2. 1 La cd. <i>indefensio</i> nella <i>rei vindicatio</i> immobiliare e l' <i>interdictum quem fundum</i>	171

2. 2. 2 La cd. <i>indefensio</i> nella <i>rei vindicatio</i> mobiliare e l' <i>actio ad exhibendum</i>	175
3. Brevi cenni alla cd. <i>indefensio</i> nelle <i>actiones noxales</i>	179

PARTE TERZA

CAPITOLO IV

ULTERIORI IPOTESI DI MANCATA COMPARIZIONE DELLE PARTI IN GIUDIZIO: *ABSENTIA* E *LATITATIO*

1. Brevi cenni introduttivi alle ipotesi di <i>absentia</i> e <i>latitatio</i>	186
1. 1 L' <i>absentia</i>	186
1. 1. 1 La portata della sentenza <i>adversus absentem</i>	195
1. 2 L' <i>absentia rei publicae causa</i>	200
2. La <i>latitatio</i>	207
<i>Bibliografia</i>	214
<i>Indice delle fonti</i>	229

INTRODUZIONE

Il principio del contraddittorio, il gioco dialettico tra le parti, ha da sempre risposto ad una esigenza fondamentale del processo, cioè quella di garantire a ciascuno dei litiganti la partecipazione al rito per far valere le proprie ragioni.

Non a caso tale principio è richiamato dalla Costituzione italiana negli artt. 24. 2 (*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*) e 111. 2 (*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*).

Le questioni ad esso inerenti ancora oggi continuano a destare interesse, sia in ambito nazionale che internazionale.

L'anno scorso, ad esempio, c'è stato un intervento del legislatore italiano che con la L. 67 del 28 aprile 2014 ha di fatto annullato la contumacia nel processo penale. È da sottolineare che questa riforma è seguita alla sentenza Colozza, con la quale la Corte Europea ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, §1 CEDU proprio in considerazione della disciplina dettata per la celebrazione del giudizio in contumacia ed, in particolare, per l'assenza di rimedi volti a garantire all'imputato, una volta avuta notizia del procedimento a suo carico, la possibilità di ottenere che un organo giurisdizionale "si pronunci di nuovo dopo averlo ascoltato sulla fondatezza dell'accusa portata contro di lui".

Ma già in diritto romano la giurisprudenza aveva rivolto la propria attenzione alle criticità derivanti dal mancato rispetto del contraddittorio, occupandosi specificamente della mancata comparizione e della mancata partecipazione delle parti.

Ho dedicato il mio lavoro di ricerca a questi due problemi, nell'ambito del processo civile romano, analizzandone regole e sviluppi

nelle diverse fasi evolutive del processo stesso, attraverso la lettura delle fonti e la riflessione dottrinaria.

Inizialmente mi ero occupata del solo fenomeno della *indefensio*, ma, dopo una prima analisi delle fonti e della dottrina, mi è parso opportuno trattare preliminarmente la questione della mancata presenza che inevitabilmente va ad intrecciarsi con quella dell'inattività delle parti.

La tesi è strutturata in due distinte parti, la prima dedicata al problema della mancata comparizione delle parti (e ai mezzi predisposti dall'ordinamento per garantire o favorire la comparizione delle stesse in giudizio), la seconda alla mancata difesa, entrambe strutturate sulla base di un criterio cronologico che mi ha permesso di considerare l'evoluzione di tali fenomeni dal processo *per legis actiones*, passando per quello formulare, fino alla *cognitio extra ordinem*.

Nella terza parte, che può essere considerata un'appendice, ho presentato alcune osservazioni sui temi dell'*absentia* e della *latitatio*, che seppur cronologicamente anteriori, ad esempio, alla *contumacia*, sono comunque rilevanti in ordine al contraddittorio.

La prima parte inizia con un esame della regola decemvirale *post meridiem praesenti litem addicito* la cui esegesi è risultata fondamentale per poter non solo delimitare il preciso campo d'indagine, ma capire se effettivamente si potesse parlare di necessaria presenza delle parti ai fini dell'instaurazione del processo.

Ho poi trattato della *in ius vocatio*, atto indispensabile all'instaurazione del processo, sia nel processo *per legis actiones* che in quello *per formulas*, evidenziandone le caratteristiche, le differenze tra i due distinti sistemi processuali e indicando quali potessero essere i rimedi nel caso in cui il chiamato non si fosse presentato dinanzi al magistrato.

La ricerca prosegue con la trattazione del fenomeno nella *cognitio extra ordinem*, con particolare riferimento all'introduzione del processo contumaciale e, quindi, alle differenze rispetto al regime dell'*ordo*. Grazie all'abbondanza di fonti a noi pervenute sulla cognizione straordinaria, ho avuto molti elementi per poter ricostruire gli sviluppi del sistema di citazione e della relativa dichiarazione di contumacia di una delle parti nel diritto pregiustiniano e giustiniano, sottolineando quali sarebbero state le conseguenze della mancata presenza, sia del convenuto che dell'attore, dando rilievo alle caratteristiche della sentenza contumaciale, al suo valore di *res iudicata* e al divieto di *ius appellandi*.

La seconda parte è dedicata alla mancata partecipazione, alla mancata attività delle parti (generalmente del convenuto) una volta che queste si fossero presentate dinanzi al magistrato.

Ho analizzato tale problematica facendo riferimento alle differenti *legis actiones* per capire innanzitutto se fosse possibile porsi il problema dell'inattività della parte e, nel caso, come si potesse risolvere questo ostacolo al contraddittorio e, quindi, al corretto svolgimento del processo.

Nella *legis actio sacramenti in rem e in personam* il convenuto presente in giudizio effettivamente poteva bloccare il rito con il suo comportamento ostruzionistico e, in quanto agli effetti, ho riscontrato delle forti analogie di regime, probabilmente derivante dalla natura stessa di queste azioni di legge. E lo stesso regime sembrerebbe applicarsi anche alle *legis actio per iudicis arbitrive postulationem e per conductionem*. Per la *manus iniectio iudicati*, invece, non esistono particolari problemi legati al comportamento delle parti, poiché, per la sua peculiare struttura, non era affatto richiesta la partecipazione attiva del

convenuto, dato che tale azione non prevede alcun esercizio del contraddittorio.

Nel processo *per formulas* il fenomeno dell'*indefensio* continua a rivestire un'importanza fondamentale, anche se in questo sistema la partecipazione del convenuto diventa funzionale alla sua adesione alla *litis contestatio* o alla prestazione di una *satisfactio*.

Per la ricostruzione del regime della mancata difesa nelle *actiones in personam* ho fatto particolare riferimento ai *caput XXI* e *XXII* della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, una epigrafe di bronzo ritrovata a Veleia nel 1760, indirizzata ai territori della Gallia Cisalpina e alle zone limitrofe, che comunque credo rifletta in maniera fedele il quadro normativo presente anche a Roma.

Ho notato che la conseguenza dell'inattività del convenuto, tanto per l'*actio certae creditae pecuniae* quanto per quelle aventi ad oggetto una somma non determinata, consisteva nell'applicazione di una sanzione esecutiva.

Per le *actiones in rem*, invece, non era possibile procedere immediatamente all'esecuzione a seguito della mancata partecipazione del convenuto, ma si doveva ricorrere prima ad una serie di mezzi pretori nei confronti dell'*indefensus* che continuasse a possedere la *res*. In caso di beni immobili l'attore avrebbe potuto richiedere un *interdictum quem fundum*, un interdetto a carattere restitutorio e *simplex*; per i beni mobili il pretore concedeva un'*actio ad exhibendum*, un'azione personale.

Nella *cognitio extra ordinem* il problema dell'*indefensio* sembrerebbe sopravvivere solo nella prima età classica esclusivamente in caso di azioni *in rem*, anche se, a seguito dell'unificazione dei *genera actionum*, perderebbe la sua originaria valenza a tal punto che nelle fonti non

ce ne sarebbe più traccia. Sicuramente le cause del venire meno di questo fenomeno sono da ricollegarsi al carattere non più accusatorio del processo civile e alla possibilità di arrivare a sentenza anche in caso di assenza delle parti, perché il funzionario giudice avrebbe potuto giudicare anche in caso di totale assenza di contraddittorio, potendo disporre d'ufficio delle prove necessarie per il suo convincimento.

La terza parte, in cui non ho seguito strettamente il criterio cronologico, considera, seppur brevemente: l'*absentia*, cioè la mancata comparizione non volontaria di una parte per cause di forza maggiore, come la malattia, o per motivi pubblici (la cosiddetta *absentia rei publicae causa*); la *latitatio*, ossia un'assenza aggravata dall'intenzionalità del comportamento assunto.

Senza dubbio alcuni aspetti emersi durante l'indagine avrebbero meritato un approfondimento ulteriore, ma considerato il tempo a disposizione è stato necessario focalizzare l'attenzione su di un ambito più delimitato, in previsione di una futura trattazione dei suddetti aspetti.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

LA PROBLEMATICHE DELLA MANCATA COMPARIZIONE DELLE PARTI NEL PROCESSO *PER LEGIS ACTIONES* E NEL PROCESSO *PER FORMULAS*

1. La *post meridiem praesenti litem addicito*- 2. La *in ius vocatio* nelle
legis actiones- 3. La *in ius vocatio* nel processo *per formulas*

1. La *post meridiem praesenti litem addicito*.

Ancor prima di procedere alla trattazione della mancata comparizione di una delle parti nel processo *per legis actiones*, è opportuno fare brevi cenni al dibattito dottrinario che si è articolato intorno al significato e all'ambito di applicazione della regola decemvirale *post meridiem praesenti litem addicito*¹, che si presenta come una questione preliminare all'analisi della non presenza delle parti² nel processo stesso.

Si tratta di una disposizione formulata in termini imperativi³, inserita in un complesso di norme relative allo svolgimento del processo:

XII Tab. I. 6-9: *Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiniunto. Com perorando ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*⁴.

¹ XII Tab. I. 28. 8.

² P. PETOT, *Le défaut in judicio dans la procédure ordinaire romaine*, Parigi, 1912, pagg. 11 ss.

³ Così P. PETOT, *Le défaut* cit., pag. 3, ma in senso opposto cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pag. 225 nt. 11. 6, che ritiene si tratti di una formulazione in termini dispositivi, poiché derogabile convenzionalmente dalle parti.

⁴ v. *FIRA*, I, pagg. 28- 29. Cfr. per XII tab. I. 6 e la prima parte di I. 7: Rhet. Ad Herenn. 2.13.20: *Pacta sunt, quae legibus obseruanda sunt, hoc modo: 'rem – cuicito'*; Prisc. *Inst. gramm.* 10. 5. 32: *Sed antiqui 'pago' quoque dicebant, pro paciscor: Cicero II ad Herenn. cet.; Quint. Inst. or. 1. 6: cum in XII tab. legeremus 'ni ita pacunt'*; Scaur. *De ort. l. p.* 2253: *item (testantur) XII tab. ubi est 'ni pacunt' per hanc formam, quod male quidam per C enuntiant, est enim praeteritum eius pepigi, a pango, ut a tango tetigi. Per XII tab. I. 7- 9 (esclusa la prima parte del versetto 7): Gell. noct. Att. 17. 2. 10: 'Sole occaso'; non insuauis uetustate est, - in XII autem tab. uerbum hoc ita scriptum est, 'ante meridiem – tempestas esto'; Censor. *De die nat.* 23- 24 (per 23 si veda nt. 5): *Quamuis plurimi supremam post occasum solis esse existimant, quia est in XII tab. 'solis – esto'; Varr. De l. Lat. 7. 51: Supremum a superrumo dictum, itaque in XII dicunt: 'solis – esto'; Macr. Sat. 1. 3. 14: ...et mox suprema tempestas, hoc est dici nouissimum tempus, sicut – in XII tab. 'solis – esto'; Fest. (pag. 396- 397, Lindsay) s.v. *Supremum: Supp[remum] – alias***

Dobbiamo in particolare ad Aulo Gellio la conoscenza della regola in questione. L'attendibilità della fonte è rafforzata dalle solide conoscenze giuridiche dell'antiquario e dalla cura che lo stesso pone nel rispettare il lessico dei testi antichi⁵.

La fondamentale questione interpretativa che si è posta in relazione al citato versetto è stata quella di delimitarne l'ambito di applicazione, ossia di stabilire se la regola si applicasse al magistrato, e quindi alla mancata comparizione *in iure*, o piuttosto al giudice, per l'assenza di una parte in giudizio, o ancora ad entrambi.

La dottrina più risalente aveva ritenuto che i frammenti 6- 9 della *I Tabula* riguardassero l'intero processo, sia nella fase *in iure* che nella fase *apud iudicem*, perché nel frammento 7 l'espressione *in comitio* si

extre[mum significat ut] in legibus XII: 'solis - esto'. Cfr. anche Fest. (pag. 17, Lindsay) s.v. Adorare: Orare antiqui dixerunt pro agere; Non. s.v. Coicere (P. 183): coicere, 'agere'; Gai. 4. 15; Ps. Asc. Ad Cic. in Verr. 2. 1. 26: ut ad iudicium uenirent, denuntiabant. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur 'causae coniectio', quasi causae suae in breue coactio; Plin. n. h. 7. 60. 212 (per il cui testo si veda nt. 5); Varr. De l. Lat. 6. 5: Suprema, summum diei, id a superimo. Hoc tempus XII tab. dicunt 'occasum solis'; Fest. (pag. 498- 499, Lindsay) s.v. Tempestatem: Tempestatem pro tempore frequenter dixerunt antiqui.

⁵ Si è posta la questione di una eventuale formazione della regola posteriore alle XII tavole, poiché Plinio il Vecchio afferma che in epoca decemvirale non era ancora nota la divisione del giorno in ore: Plin. n. h. 7. 60. 212: *XII tabulis ortus tantum et occasus nominantur, post aliquot annos adiectus est et meridies*. Un altro testo, stavolta di Censorino (Censor. de die nat. 23), afferma, invece che, sebbene nelle XII tavole non vi sia menzione di ore determinate, pure vi appare l'espressione *ante meridiem*: *Horarum nomen non minus annos trecentos Romae ignoratum esse credibile est: nam XII tabulis nusquam nominatas horas invenies, ut in aliis postea legibus, sed ante meridiem, eo videlicet, quod partes diei bifariam tum divisi meridies discernebat*. In realtà Plinio non afferma che nel testo decemvirale noto alla sua epoca l'espressione fosse assente, ma solo che non era presente nel testo originario. Non essendo note le fonti cui i due scrittori attingono, è difficile poter valutare la loro attendibilità e soprattutto l'attendibilità della trasformazione del testo stesso a seguito di una riforma di qualche anno posteriore: sulla questione, cfr. P. PETOT, *Le défaut* cit, pp. 6 ss.; B. ALBANESE, *La menzione del meridies in XII Tab. 1, 6- 9*, in *AUPA*, 42 (1992), pagg. 95 ss.; A. GUARINO, *Il processo privato nelle "XII Tabulae"*, in *PDR*, 4 (1994), pagg. 123 ss.

riferirebbe all'istanza dinanzi al magistrato, mentre *in foro* indicherebbe la fase di fronte al giudice⁶.

In particolare il Rudorff⁷ aveva affermato che tale tesi potesse essere supportata da alcuni testi⁸, tra i quali quello di Svetonio, ove si accenna alla volubilità dell'imperatore Claudio in campo giudiziario, sembra essere quello più pertinente:

Suet. *Vita Claudii*, 15: *Absentibus secundum praesentes facillime dabat, nullo delectu, culpam quis an aliqua necessitate cessasset.*

Ma il Petot aveva giustamente obiettato che il passo di Svetonio non dovrebbe essere riferito ad una ipotesi di applicazione della legge delle XII Tavole. Secondo l'a., nel brano si alluderebbe o ad una procedura straordinaria "regolare", di una *cognitio* sottratta alle peculiarità dell'*ordo*, ovvero di uno di quei casi in cui Claudio, contravvenendo alle regole del diritto, avrebbe avvocato a sé questioni di competenza del giudice dell'*ordo*⁹.

⁶ M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, I, Bonn, 1864, pag. 75 e pag. 88 nt. 48; F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Lipsia, 1883, pag. 19 nt. 59; G. F. PUCHTA, *Institutionen*, I, Lipsia, 1893, pag. 537; T. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Lipsia, 1899, pagg. 4 ss. e nt. 3 e 1.

⁷ A. A. F. RUDORFF, *Römische Rechtgeschichte*, II, Lipsia, 1857, pagg. 79 ss.

⁸ Aul. Gell. *Noct. Att.* 17. 2. 10; Suet. *Vita Claudii* 15; Tac. *Ann.* 4. 43; Ulp. *Regulae* 19.9- 10. A parte il passo di Gellio, che riporta, appunto il precetto decemvirale, il brano di Tacito riguarda un conflitto tra i Lacedemoni e i Messinesi circa la proprietà di un tempio. Tuttavia nulla nel testo sembra dimostrare che i Lacedemoni abbiano perso il processo perché non fossero comparsi. Nei paragrafi 9 e 10 delle *Regulae* ulpianee il giurista tratta della *in iure cessio*, ossia di quel processo fittizio idoneo al trasferimento del *dominium*, utilizzando l'espressione *addicit praetor*, che però non può essere staccata da questo specifico contesto per poter essere considerata quale regola con portata generale.

⁹ In tal senso T. MOMMSEN, *Römische cit.*, pag. 35 ss.; E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Parigi, 1907, pag. 30.

Mentre mancano testimonianze relative ad un presunto obbligo in capo al magistrato di condannare e punire la parte assente in giudizio, ne esistono, invece, in relazione allo stesso obbligo in capo al *iudex*.

In particolare, l'espressione *caussam coiniunto* sembra con tutta probabilità corrispondere alla *causae coniectio* richiamata da Gaio in relazione alla fase *apud iudicem*:

Gai. 4. 15: ... *deinde, cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causa perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur, causae coniectio quasi "causae suae in breve coactio"*.

Sommariamente, dunque, nei versetti decemvirali si allude alla possibilità che le parti addivengano ad un accordo (*pacunt*); in caso contrario, di mattina le parti, entrambe presenti, illustrano le loro posizioni (l'espressione *caussam coicere*¹⁰ indicherebbe «una succinta e non formale esposizione dei termini della lite fatta dall'angolo di visuale e secondo l'assunto di ciascuna parte»¹¹); se però una non si presenta, il giudice ha l'obbligo di aspettare, ma *post meridiem* deve procedere con l'*addictio* della *lis*.

La dottrina attuale sembrerebbe concorde nel ritenere che i versetti decemvirali 7- 9 si riferissero alla sola fase *apud iudicem*¹². Essi

¹⁰ Le due 'ss' attestano la forma più antica del termine 'causa' Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire de mots*, Parigi, 2001, s.v. 'causa', pag. 108; P. J. MINICONI, *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951, pag. 25.

¹¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, pag. 404, richiamando la figura della *causae coniectio* citata in Gai. 4.15.

¹² J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho romano*, Barcellona, 1982, pagg. 220 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pagg. 298 ss.; M. G. GARRIDO, *Diritto privato romano*, ed. italiana a cura di M. BALZARINI, Padova, 1992, pagg. 99 ss.; A. WACKE, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör*

riguarderebbero, in particolare, l'ipotesi in cui l'accordo tra le parti non sia avvenuto, e tale situazione non sarebbe parte della fase *in iure* del procedimento dichiarativo *per legis actiones*, ma di quella dinanzi al giudice, successiva alla *litis contestatio* che segna la conclusione della fase precedente. Infatti, mentre nella fase *in iure* anche solo una delle parti avrebbe potuto prendere parola per la pronuncia della *legis actio*, nella fase *in iudicio* entrambi i litiganti dovevano *causam coicere* per poi procedere alla *peroratio*.

Prima di procedere all'analisi dei termini *litem addicere*, è interessante occuparsi, seppur brevemente, degli altri aspetti peculiari della norma.

L'espressione *rem ubi pacunt, orato* ha dato vita a varie dispute dottrinali¹³. Nessun dubbio sembrerebbe esservi sui soggetti che *pacunt*, che altro non sarebbero se non le parti in lite.

Il termine *rem*, se collegato alle norme immediatamente successive, indicherebbe la situazione giuridica che è oggetto di una lite e che sarà oggetto di una decisione¹⁴.

Orato, sul piano grammaticale, indica un futuro imperativo che stabilirebbe il dovere, o anche, la possibilità di *orare* in relazione ad un soggetto inespresso o in modo impersonale. Esistono molteplici inter-

im römischen Zivil- und Strafprozeß, in *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stoccarda, 1993, pagg. 378 ss.; A. GUARINO, *Il processo cit.*, pagg. 120 ss.; ID., *Diritto cit.*, pag. 225; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, pagg. 22 ss.

¹³ Per le quali si veda G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Corso di diritto romano. II. La regolamentazione decemvirale*, Torino, 1986, pagg. 70 ss. nt. 4 e bibl. ivi.

¹⁴ B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, in *AUPA*, 43 (1995), pagg. 356 ss. In senso opposto M. CRAWFORD, *Roman Statues*, Londra, 1996, pag. 592, che espunge il termine *rem* perché l'intero versetto, corredato da questa parola, ne risulterebbe troppo letterario.

pretazioni del verbo *orare*, ricollegabili all'accostamento dell'altro termine *ubi*, considerato talvolta come avverbio di luogo, talvolta come avverbio di tempo¹⁵. La difficoltà esegetica è data dalla mancanza di *ubi* in altri *verba decemvirali*. Si potrebbe però ipotizzare che la lettura preferibile sarebbe quella di considerarlo un avverbio di luogo, in correlazione con l'espressione *in comitio aut foro* che si trova nel versetto immediatamente successivo.

Dunque, il versetto 6 farebbe riferimento ad un accordo o ad un *orare* in un luogo stabilito consensualmente. In mancanza di questo accordo, come stabilito dal versetto successivo, l'*orare* avrebbe avuto luogo in due luoghi precisi, il comizio o il foro.

Il termine *pacunt*, infine, si riferirebbe ragionevolmente ai due litiganti, e il suo significato è ricollegabile alla realizzazione di un accordo, di natura transattiva, per mettere fine al contrasto¹⁶.

Nei versetti successivi, come già evidenziato, sono ricomprese le regole inerenti alla fase dibattimentale *apud iudicem*.

¹⁵ Se ad *ubi* viene attribuito il valore di avverbio di luogo, si prospettano due interpretazioni: a. l'*orare* dovrà, o potrà, essere realizzato dove i soggetti imprecisati hanno raggiunto l'accordo sulla *res*; b. dove i soggetti hanno raggiunto l'accordo dovrà, o potrà, procedersi ad *orare rem*. Se, al contrario, si propende per la qualificazione di *ubi* come avverbio di tempo le soluzioni interpretative sono le seguenti: 1. l'*orare* dovrà, o potrà, essere realizzato quando, o se, i soggetti hanno raggiunto l'accordo sulla *res*; 2. quando, o se, i soggetti avranno raggiunto un accordo si dovrà, o potrà, realizzare l'*orare rem*. Sarebbero, inoltre, possibili altre varianti esegetiche, che riferiscono *res* sia a *pacunt* che ad *orato*: nel primo caso, l'*orare rem* dovrà, o potrà, essere realizzato dove i soggetti hanno raggiunto l'accordo sulla *res*; nella seconda ipotesi, l'*orare rem* dovrà, o potrà, essere realizzato quando, e se, i soggetti hanno raggiunto l'accordo sulla *res*.

¹⁶ B. ALBANESE, *Quattro cit.*, pag. 360; A. GUARINO, *Il processo cit.*, pag. 122 nt. 9, che propone un parallelo tra il processo romano e quello moderno, sotto il profilo della conciliazione, nel senso che, così come oggi dinanzi al giudice conciliatore o di pace, anche in diritto romano sarebbe ipotizzabile che se le parti si fossero conciliate dopo la *litis contestatio*, il *iudex* avrebbe proclamato i termini della definizione concordata dinanzi a lui (o anche col suo ausilio).

E, prima dell'analisi dei termini *litem addicere*, credo sia interessante considerare un'ulteriore particolarità presente nei versetti 7- 9, ossia l'alternativa tra *ante meridiem* e *post meridiem*. Tale questione era stata già richiamata in nota 5, in relazione alla possibile affermazione della norma in un periodo successivo al testo decemvirale, come sembrerebbe confermare la testimonianza di Plinio il Vecchio¹⁷. L'espressione *ante meridiem* indicherebbe il termine entro il quale si dovrebbe svolgere l'attività processuale relativa al *causam coicere*, mentre *post meridiem* il termine a partire dal quale la mancata presenza di uno dei litiganti autorizzerebbe l'organo giudicante a *litem addicere*.

E' congetturabile che la distinzione *ante meridiem- post meridiem* sia venuta alla luce a seguito della prassi giudiziale avallata dai magistrati giurisdicenti e così riportata nei *Tripartita* di Sesto Elio, che ben si concilierebbe con quanto affermato da Plinio il Vecchio, secondo cui, dopo l'aggiunta postdecemvirale, venne introdotto l'annuncio pubblico del mezzogiorno da parte dell'*accensus consulum*¹⁸. Questa ricostruzione sembrerebbe confermata da un passo di Caio Tizio¹⁹ che attesterebbe che la *causae coniectio* poteva essere svolta nel tardo pomeriggio. Probabilmente, nell'epoca di Caio Tizio databile intorno al 161 a. C. o qualche decennio più tardi, in XII tab. 1. 7- 8 non era prescritto che tale attività dovesse essere realizzata *ante meridiem* e, di conseguenza, nemmeno che la *litem addictio*, in caso di mancata presenza di una delle parti, dovesse avere luogo *post meridiem*.

In quanto al versetto 9, i termini *solis occasus* indicherebbero l'imbrunire, momento temporale saliente (forse proclamato sempre

¹⁷ Vedi nt. 5.

¹⁸ A. GUARINO, *Il processo* cit., pag. 125.

¹⁹ Macr. *Sat.* 3. 16. 15- 16.

dall'araldo dei magistrati giurisdicenti), il cui sopravvenire era di particolare rilievo perché coincideva con la *suprema tempestas* fondamentale per concludere la lite. In presenza di entrambe le parti, la causa doveva essere chiusa al tramonto.

Ritornando alla situazione prevista da XII tab. 1. 7- 8, si può cercare ora di delineare il significato di *litem addicere*.

L'espressione *litem addicere* designerebbe, almeno in origine, l'approvazione della richiesta del litigante presente²⁰ da parte dell'organo giudicante²¹, con la quale si chiudeva in modo definitivo la lite. Il vocabolo *lis* si identifica qui con l'interesse della parte vincente così come era stato precisato nel corso dell'attività processuale e poi definito con la pronuncia favorevole dell'autorità giudicante²². La *lis* qui ricordata indicherebbe il processo considerato nella sua astrattezza come contenzioso e non quale oggetto concreto della lite, altrimenti si cadrebbe nell'errore di restringere l'ambito di applicazione della regola delle XII Tavole solo ai processi reali²³.

L'*addicere* non coinciderebbe con l'*addictio* magistratuale, bensì indicherebbe una pronuncia giudiziale di adesione a quanto sostenuto dalla parte rimasta presente. Prima si è detto che la pronuncia, in caso di mancata comparizione di una delle parti, sarebbe stata favorevole al

²⁰ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo* cit., pagg. 104-116, secondo cui il significato di '*addicere*' in questo contesto sarebbe ancora quello originario di 'approvare', «confermare approvando mediante pronuncia» (104), e solo dopo il 367 a.C., con il consolidarsi della *iurisdictio* pretoria nel processo, acquistò il significato tecnico-autoritativo di 'attribuire', 'assegnare'.

²¹ Ossia il *iudex*: cfr. G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pagg. 89 ss. e 402 ss.

²² Cfr. R. FIORI, '*Ea es agatur*'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, pag. 67 nt. 18.

²³ Come fa P. PETOT, *Le défaut* cit., pagg. 16- 17; in parte anche M. A. VON BETHMANN- HOLLWEG, *Der römische* cit., pag. 187. Cfr. A. A. F. RUDORFF, *Römische* cit., pag. 310.

litigante presente²⁴. Permangono, però, dei dubbi in dottrina sulla possibilità che il *iudex* desse causa vinta alla parte comparsa senza pronunciare un vero e proprio *iudicium* tra le parti²⁵. E' ipotizzabile che nell'epoca più risalente²⁶ il giudice si sarebbe pronunciato favorevolmente alla parte presente, ma, in un'età più tarda sembrerebbe verosimile ritenere che il *iudex* avrebbe emesso una vera e propria *sententia iudicis* rivolta ad entrambi i contendenti²⁷, in quanto sempre tenuto a giudicare sugli argomenti e sulle prove addotti da entrambi i litiganti, anche se veniva inevitabilmente a dare maggior peso a quella di chi fosse presente al dibattimento.

Inoltre, la legge permetterebbe di scegliere il luogo della *causae coniectio* e anche il proseguimento del procedimento tra il *forum* ed il *comitium*²⁸, e tale alternativa non potrebbe che riguardare il *iudex* in quanto il magistrato siede sempre nel *comitium*. Anche da ciò si evince che il frammento 8 della I Tavola si riferirebbe soltanto alla fase *apud iudicem* e non anche a quella *in iure*²⁹. Tuttavia questa possibilità di

²⁴ B. ALBANESE, *La menzione cit.*, pagg. 103 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, pag. 298; G. NICOSIA, *Il processo cit.*, pagg. 115 ss.

²⁵ A. GUARINO, *Il processo cit.*, pagg. 126 e 127.

²⁶ Epoca in cui è probabile che la bipartizione del processo in due fasi non fosse ancora ben delineata.

²⁷ J. IGLESIAS, *Derecho cit.*, pagg. 220 ss.; A. GUARINO, *Il processo cit.*, pag. 127 nt. 33.

²⁸ G. NICOSIA, *Processo cit.*, pagg. 67 ss. e 95. Tuttavia questa possibilità di scelta è stata poi riconsiderata dalla dottrina prevalente secondo la quale si tratterebbe soltanto di un riferimento all'opportunità data alle parti di concludere una transazione. Per tutti si vedano B. ALBANESE, *Quattro cit.*, pagg. 355 ss.; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in *Le dodici Tavole dai decemviri agli umanisti* (a cura di M. HUMBERT), Pavia, 2005, pagg. 38 ss.

²⁹ Nello stesso senso G. W. WETZELL, *Über das römische Vindicationsprozess*, Lipsia, 1845 pagg. 55 ss.; O. E. HARTMANN, *Über das römische Contumacialverfahren*, Monaco di Baviera, 1851, pag. 80. M. WLASSAK, voce *Addicere*, in *RE*, I, Stoccarda, 1893, pagg. 349 ss.; ID., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*, XXV, 1904, pag. 94; H. LÉVY-BRUHL, '*Addicere*', in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, pag. 155; ID., *Recherches sur les actions de la loi*, Parigi, 1960,

scelta è stata criticata dalla dottrina attualmente prevalente, secondo la quale nel versetto vi sarebbe soltanto un riferimento all'opportunità data alle parti di concludere una transazione³⁰.

2. La *in ius vocatio* nelle *legis actiones*

La necessaria presenza delle parti dinanzi al magistrato nel processo per *legis actiones* è garantita dalle regole in tema di *in ius vocatio*. Questa appare atto indispensabile all'instaurazione del processo. Come si vedrà, tuttavia, parte della dottrina ha ipotizzato che essa non sia necessaria per le *actiones in rem*, e dunque solo in relazione a queste ultime potrebbe eventualmente porsi il problema della mancata comparizione di una parte, in particolare del convenuto.

Come è noto, la procedura *per legis actiones* è caratterizzata da una serie di elementi: la lite, sia essa dichiarativa ovvero esecutiva, è

pagg. 208 ss.; G. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, pag. 332; G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Colonia, 1957, pagg. 60 ss.; F. LA ROSA, *La formula cit.*, pagg. 172 ss. Contra, per es., M. KASER, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, pagg. 110 ss.; ID. *'Praetor'*, cit., 351 ss. e nt. 71; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, pag. 151; M. MOLÉ, voce *Sentenza* (diritto romano), in *NNDI*, XVI, Torino, 1969, pag. 1085 e nt. 4, pagg. 1086, 1087 e nt. 3, per lo più sulla base del rilievo che in nessuna delle fonti concernenti l'*addictio* si fa espressa menzione del *iudex*; ma, come rileva L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (A proposito della struttura della obligatio iudicati)*, in *TSDP*, 6 (2013),” non vi si fa menzione neppure del pretore, tranne che in Varr. *Ling.* 6.30, che potrebbe essere fra l'altro riferito ad un'epoca in cui *iurisdictio* e *iudicatio* erano funzioni ancora non differenziate”.

³⁰ Per tutti si vedano B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, in *Labeo*, 46 (2000), pagg. 355 ss.; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in *Le dodici Tavole dai decemviri agli umanisti* (a cura di M. HUMBERT), Pavia, 2005, pagg. 38 ss.,

basata sull'affermazione solenne di un proprio diritto da parte dell'attore e sul diniego, o su una medesima affermazione solenne di un proprio diritto, da parte del convenuto, entrambe effettuate dinanzi al magistrato nella fase *in iure*; il magistrato ha il compito di autorizzare l'esecuzione della pretesa dell'attore, ovvero, nel caso in cui il convenuto contesti (anche tramite un terzo), di procedere ad un imparziale accertamento del buon diritto di una delle parti; il processo di accertamento si divide in due parti: quella *in iure* di fronte al magistrato giudicante, quella (eventuale) *apud iudicem* ossia davanti al *iudex privatus*³¹.

Molto scarse sono le notizie a noi pervenute circa lo svolgimento della fase *in iure* nelle *legis actiones*, ma si riesce ad evincere che, come in qualsiasi processo privato, esso si caratterizzava per l'iniziativa di parte, cioè dell'attore, per cui la convocazione del convenuto non era altro che un atto di parte che sarebbe rimasto tale anche nel processo formulare³².

La suddetta convocazione si realizzava attraverso la *in ius vocatio*, una intimazione o diffida orale (non sembra essere necessario l'uso di *certa verba*³³) che l'attore rivolgeva al convenuto, dovunque lo

³¹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pagg. 170 ss; M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 44 ss.

³² M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., pagg. 296 ss.

³³ In tal senso G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, pagg. 12 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., pag. 296. Entrambi ritengono che non si possa affermare con assoluta certezza, data la scarsità delle fonti in merito, che la *in ius vocatio* nel processo per *legis actiones* necessitasse della pronuncia di parole sacramentali. Contrariamente si esprime M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco di Baviera, 1996, pagg. 64 ss., che ritiene l'uso di *certa verba* probabile.

avesse trovato, chiaramente non potendo violare in ogni caso la *domus*³⁴.

Con tale citazione l'attore intimava al convenuto di recarsi con lui in tribunale dinanzi al magistrato per poter procedere all'instaurazione del processo stesso sulla domanda da lui presentata.

L'avversario convenuto, però, poteva anche rifiutare di aderire alla *in ius vocatio*, paralizzando in tal modo il procedimento e la relativa sanzione esecutiva; proprio per evitare una situazione del genere, vennero previsti dei mezzi di coazione diretta che l'attore era autorizzato ad utilizzare nel caso in cui si fosse verificato questo comportamento ostruzionistico da parte del convenuto. Tali regole risultano da:

XII Tab. I.I: *Si in ius vocat, < ito >. Ni it, antestamino: igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. 3. Si morbus aevitasve escit, < qui in ius vocabit > iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito*³⁵.

Secondo l'interpretazione comunemente seguita dalla dottrina, tale precetto decemvirale presenterebbe pochi dubbi esegetici; esso prevederebbe, in maniera abbastanza chiara, che laddove il *vocatus* assumesse un atteggiamento "non collaborativo", impedendo all'attore di utilizzare il mezzo di difesa giudiziale della propria pretesa, si potesse

³⁴ D. 2. 4. 18 (Gai. 1 *ad l. XII tab.*); D. 2. 4. 21 (Paul. 1 *ad ed.*); N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011, pag. 183 nt. 35; O. LICANDRO, *Domicilium. Il principio dell'inviolabilità dalle XII Tavole all'età tardoantica*, Torino, 2009; ID., "In ius vocatio" e violazione del domicilio, in *SDHI*, 57 (1991), pagg. 205 ss.; P. GARBARINO, Un'ipotesi di lettura di D. 47. 10. 23 (Paul 4 *ad ed.*). Brevi note a proposito di 'in ius vocatio' e presunta violazione di domicilio, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004, pagg. 231 ss.; G. PUGLIESE, *Les voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*, in *R.I.D.A.*, 2 (1949), pagg. 249 ss.

³⁵ *FIRA*, I, pagg. 26- 27.

procedere tramite l'ausilio della forza, esercitata alla presenza di testimoni, chiamati a verificare e confermare il rifiuto del *vocatus* a presentarsi in giudizio e a controllare che la violenza usata dall'attore non degenerasse oltre i normali e tollerabili limiti necessari a raggiungere lo scopo.

In alcuni casi, però, poteva accadere che il mezzo prescelto per portare in giudizio la controparte fosse inefficace ovvero che la *in ius vocatio* inattuabile (ad esempio per l'irreperibilità del soggetto a cui era diretta), e, in entrambe le ipotesi, l'attore non avrebbe ottenuto alcuna difesa giudiziale del proprio diritto.

Su questo punto fondamentale³⁶ è il testo:

Gai. 4. 29: *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque legis actionem esse; quibusdam autem placebat < legis actionem non esse >, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti < quis > posset, quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

Qui Gaio evidenzia come per alcuni la *pignoris capio* non rientri nel novero delle *legis actiones*, poiché poteva svolgersi, peraltro, al di fuori del tribunale e, ciò che più interessa ai fini della presente indagine,

³⁶ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 13.

anche in assenza della parte avversaria, mentre le altre *legis actiones* si compivano davanti al pretore e in presenza di entrambe le parti³⁷.

Nel sistema delle *legis actiones*, come del resto quasi certamente anche in quello formulare, non era ancora previsto l'intervento di organi statali; soprattutto nell'epoca più risalente è senza dubbio escluso che l'autorità pubblica potesse intervenire a favore del *vocans* contro un soggetto che in maniera chiara ed evidente rifiutava di essere trascinato in giudizio. Tale situazione permarebbe sino all'introduzione della *cognitio extra ordinem*; per la procedura formulare, infatti, non risultano testimonianze certe circa la possibilità per il *praetor* di ricorrere a particolari figure (*lictors*, *apparitores* etc.) per tentare di risolvere le problematiche legate all'iniziativa privata di parte, anche, laddove necessario, nella fase esecutiva.

In tale direzione si era espresso il Kelly³⁸, il quale aveva escluso totalmente l'intervento di organi statuali ai fini della comparizione in giudizio, non solo per l'accennata assenza di fonti, ma anche perché l'ipotesi contraria parrebbe incompatibile con la natura privata della citazione e degli atti di esecuzione; ed è proprio per questo motivo che i

³⁷ La *pignoris capio* o *legis actio per pignoris capionem* viene ricordata solo da Gai. 4. 26- 29. Si trattava di un'azione derivante in alcuni casi dalla legge ed in altri dagli antichi *mores*. Era consuetudinaria nel caso dell'*aes militare* e si esperiva contro i *tribuni aerarii* incaricati di pagare lo stipendio alle milizie; era di origine decemvirale quando si trattava di un'azione contro coloro che si fossero appropriati di fondi destinati ai sacrifici; infine, la più nota, sempre derivante dalla legge, era la *pignoris capio ex lege censoria*, esercitabile da parte dei *publicani* nei confronti del contribuente che non avesse versato il *vectigal*. Si trattava, in generale, di un'azione esercitabile in materia di crediti pubblicistici o religiosi. Gai. 4. 29 ne evidenzia le caratteristiche peculiari, vale a dire la natura stragiudiziale del rito (*non apud praetorem*), l'esperibilità anche nei giorni *nefasti*, ed, infine, la possibilità di agire anche in assenza dell'avversario. E proprio le suddette particolarità, secondo Gaio, ne metterebbero in dubbio l'appartenenza all'ambito delle *legis actiones*. Inoltre, in questa *actio* più che nelle altre, è possibile notare ancora delle reminiscenze della difesa privata dopo le XII tavole, in virtù del forte valore ivi presente dato all'iniziativa privata.

³⁸J. M. KELLY, *Roman litigation*, Oxford, 1966, pagg. 6 ss.

mezzi privati di coazione diretta nella difesa dei diritti soggettivi sarebbero essenziali e decisivi, anche se questo starebbe a significare che il processo romano non riesce a realizzare una idonea “giustizia”.

Una voce favorevole alla tesi del Kelly era stata quella del Luzzatto³⁹, il quale ne condivideva le conclusioni, e cioè che il processo civile romano sarebbe sostanzialmente rivolto a favorire le classi economicamente e socialmente più forti. L’indagine, infatti, partirebbe da due presupposti: l’origine del processo civile attraverso il regolamento ed il progressivo inquadramento della difesa privata ed il permanere del carattere privato e di atto di parte dell’iniziativa e dell’ulteriore svolgimento del processo⁴⁰; la persistenza della liceità della difesa privata fino ad un’età relativamente avanzata, ben oltre l’avvento del principato. Tali premesse già indicano una situazione di favore per gli individui o i gruppi più forti, che avrebbero potuto paralizzare o respingere l’azione di quelli più deboli. Questa considerazione sarebbe valida per la *in ius vocatio*, la cui struttura di atto privato e stragiudiziale favorirebbe il convenuto se fisicamente più forte rispetto all’attore, almeno fino a quando la *lex Iulia de vi privata* non introdusse una sanzione contro coloro che impedissero a forza la comparizione in giudizio del convenuto, considerando il loro intervento con un *crimen*⁴¹. Le stesse difficoltà si sarebbero potute presentare per l’attore che avesse voluto far

³⁹ G. I. LUZZATTO, *Rc. a Kelly “Roman litigation”*, in *SDHI*, 32 (1966), pagg. 377 ss.

⁴⁰ Fino all’affermazione del procedimento di cognizione straordinaria.

⁴¹ *Paul. Sent.* 5. 26; I. 4. 8; D. 22. 5. 3. 5 (Call. 4 *de cogn.*); D. 48. 6. 3 pr.- 6 (Marcian. 14 *inst.*); D. 48. 6. 4 (Ulp. 59 *ad ed.*); D. 48. 6. 5 pr.- 2 (Marcian. 14 *inst.*); D. 48. 6. 6- 7 (Ulp. 7 *de off. procons.*); D. 48. 6. 8 (Maecen. 5 *publ.*); D. 48. 6. 9 (Paul. 7 *ad ed.*); D. 48. 6. 10 pr.- 2 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 48. 6. 11 pr.- 2 (Paul. 5 *sent.*); D. 48. 6. 12 (Paul. l. S. *ad SC Turpill.*); D. 48. 7. 1 pr.- 2 (Marcian. 14 *inst.*); D. 48. 7. 2 (Scaev. 4 *reg.*); D. 48. 7. 3 pr.- 2 (Macer 1 *publ.*); D. 48. 7. 4 pr.- 1 (Paul. 55 *ad ed.*); D. 48. 7. 5 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 48. 7. 6 (Modest. 8 *reg.*); D. 48. 7. 7 (Call. 5 *de cogn.*); D. 48. 7. 8 (Modest. 2 *de poen.*); Coll. 1. 8. 2. 1. C. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tubinga, 1909,

valere la propria pretesa con un'*actio in rem*, questo prima della possibilità, riconosciutagli solo in epoca più tarda, di procedere con un'*actio ad exhibendum* per ottenere che la cosa mobile oggetto della controversia venisse portata *in iure*.

Nel recensire il lavoro del Kelly, il Pugliese⁴² aveva rilevato, giustamente direi, come quest'ultimo avesse avuto "l'atteggiamento del profano" rispetto agli istituti del diritto romano, poiché, pur riuscendone a cogliere aspetti nuovi e inattesi sotto la lente della sociologia giuridica, non li avrebbe controllati alla stregua delle nozioni tecniche di diritto, sia sostanziale che processuale. Secondo l'a., è vero che la *in ius vocatio*⁴³ è realmente eseguita dai privati con la loro propria forza, ma le conclusioni del Kelly sembrerebbero essere inesatte. Certamente la natura privata degli atti processuali in genere creava una serie di difficoltà in relazione all'uguaglianza sostanziale delle parti in un processo, però è d'altronde vero che l'uso della forza era giuridicamente qualificato⁴⁴. Sicuramente nell'epoca primitiva (fino alla fine del IV a. C. circa) il litigante a cui si opponesse un impiego illecito della forza, poteva contare sull'aiuto dei suoi familiari, dei suoi schiavi e anche dei vicini e dei concittadini, come confermerebbero le fonti. In un'epoca più evoluta questo tipo di aiuto non fu più sufficiente e venne, dunque,

pagg. 111-112, nt. 20; A. A. F. RUDORFF, *Römische cit.*, pag. 85. La *lex Iulia de vi (publica et) privata* del 17 a. C. sanzionava il cosiddetto *crimen vis*, individuando due diverse ipotesi di violenza: *publica*, ossia ogni azione violenta, da parte sia di cittadini che di funzionari pubblici, per ostacolare lo svolgimento dei poteri pubblici, sanzionata con l'*interdictio aqua et igni*; *privata*, che si riferiva a qualsiasi azione violenta che turbasse la libertà dei privati, sanzionata con la *publicatio bonorum* di un terzo dei propri beni.

⁴² G. PUGLIESE, *Rc. a Kelly "Roman litigation"*, in *Tijdschrift*, 35 (1967), pagg. 297 ss.

⁴³ Come anche la *manus iniectio*, la *ductio*, la *missio in possessionem* ed altri atti di parte.

⁴⁴ Giuridicamente qualificato nel senso che l'impiego della forza compiuto da un litigante era lecito, mentre quello compiuto dal suo avversario risultava illecito.

surrogato dai più ampi poteri di intervento attribuiti al magistrato, il quale poteva emanare vari decreti il cui rispetto poteva essere imposto anche tramite *viatores* ed *apparitores*. Gli interdetti risultarono, inoltre, molto utili nell'impedire e nel reprimere la violenza illecita. Poi, l'introduzione di altre misure, quale la *missio in possessionem*, garantì una certa tutela alla parte processuale fisicamente più debole, perché, in caso di mancata comparizione⁴⁵, dava avvio al procedimento di *bonorum venditio* col quale l'attore, parte debole, veniva sostituito dal *bonorum emptor*, di regola una persona capace, sia per professione che per risorse finanziarie, che avrebbe potuto affrontare qualsiasi resistenza opposto dall'espropriato- parte forte. A partire dal I secolo a. C., si pose un altro serio vincolo alle persone di un certo rango impedendo loro di esporsi ad una vera e propria *in ius vocatio*, vincolo dato dal *vadimonium promittere*, cioè la promessa di comparire dinanzi al magistrato in un determinato giorno⁴⁶. Tenendo in considerazione i rilievi del Pugliese, si può ritenere che il carattere privato della *in ius vocatio* possa aver contribuito ad una certa disuguaglianza nella tutela giuridica, ma non con quella intensità immaginata dal Kelly.

Tornando alle *legis actiones*, un ulteriore aspetto che ha interessato la dottrina è stato quello di capire se la *in ius vocatio* fosse necessaria o meno per le azioni *in rem*⁴⁷.

⁴⁵ Ma anche di *indefensio*, latitanza e assenza e di condanna.

⁴⁶ E' da rilevare che il *vadimonium*, però, non si prometteva solo a persone di pari o simile rango, ma era possibile anche nei confronti di persone di rango superiore.

⁴⁷ Nel processo formulare, invece, non esiste alcun dubbio sulla necessità della *in ius vocatio* come testimoniano le fonti a noi pervenute.

Kaser, Pugliese, Cannata ed altri⁴⁸ affermano che la *in ius vocatio* non sia indispensabile per le azioni *in rem* nel processo *per legis actiones*. I suddetti studiosi propongono questa interpretazione concentrando, in particolare, la loro attenzione sulla natura dell'azione di rivendica, intesa come «*blosse Aktion auf die Sache, nicht gegen den Personen des Besitzers*»⁴⁹. Riterrebbero, infatti, che nelle *actiones in personam* la presenza *in iure* del citato è, oltre che formalmente, sostanzialmente necessaria⁵⁰.

In caso di rivendica di beni mobili, secondo il Cannata, colui che intendesse rivendicare la *res* mobile in possesso di un altro soggetto aveva la possibilità di prendersi la cosa per portarla in giudizio. Il possessore, allora, aveva interesse a seguire l'attore con la cosa davanti al magistrato per procedere anch'egli alla contestazione; se, invece, non si fosse recato *in ius*, l'impossessamento effettuato dal primo rivendicante sarebbe risultato legittimo, permettendogli, dunque, di ottenere la modifica della situazione di fatto che intendeva perseguire col processo⁵¹.

Quando la rivendica riguardava beni immobili, ad esempio un fondo, la contestazione avveniva sul fondo stesso, alla presenza del magistrato che vi si recava per partecipare agli atti. Le parti, a quel punto, si afferravano reciprocamente le mani, e tale gesto rappresentava un simbolo della lotta per scacciarsi dal fondo. Il magistrato, allora,

⁴⁸ M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 48 ss.; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, Torino, 1980, pagg. 21 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pagg. 255 ss.

⁴⁹ M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 89 ss.

⁵⁰ C. A. CANNATA, *Profilo* cit., pagg. 28 ss.

⁵¹ *Ibidem*, pagg. 21 e 22. M. KASER, *Das römische* cit., pag. 48 nt. 16, propone, nel caso in cui il rivendicante non fosse riuscito ad impossessarsi della *res* mobile, la possibilità di ricorrere all'*actio furti* laddove ne ricorressero i presupposti.

avrebbe imposto la sfida al *sacramentum* per giungere alla risoluzione della controversia⁵².

Altra parte della dottrina pare essere di diverso avviso⁵³ considerando la *in ius vocatio* quale “mezzo generale di introduzione alla lite”, tant’è vero che la sua stessa struttura sarebbe “neutra”, in quanto il suo scopo altro non è che la comparizione in giudizio del convenuto, comparizione necessaria affinché l’attore potesse veder riconosciuto il diritto da lui vantato sulla cosa, o di perseguire lo scopo sostanziale a seconda del *genus actionis* scelto.

In tale direzione si esprime il Buti secondo il quale, il raggiungimento del fine sostanziale dell’attore, ossia riottenere il possesso della propria *res*, può essere realizzato anche senza contraddittorio, mentre per permettere un corretto svolgimento del processo è fondamentale la presenza del convenuto e la *in ius vocatio* ha proprio la funzione di garantirla. Infatti, nel caso di beni mobili, allorquando l’attore si fosse impossessato della cosa, non c’era comunque la garanzia che poi avrebbe raggiunto il proprio scopo, perché anche l’avversario avrebbe potuto

⁵² Aul. Gell., *noct. Att.*, 20. 10. 7-9; Cic., *pro Mur.*, 12. 26. C. A. CANNATA, *Profilo* cit., pagg. 22 ss. Mentre M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 89 ss., ritiene possibile l’esistenza di un intervento di coazione indiretta da parte del magistrato, quasi anticipando la funzione degli interdetti.

⁵³ A. GUARINO, *Diritto* cit., pag. 176, ritiene semplicemente che, per il *vocatus* con una azione reale, l’abbandono del possesso rappresentava un modo per non dover seguire in giudizio l’attore; G. NICOSIA, *Il processo* cit., pag. 78; G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 19, seppur non entrando nel merito della questione, afferma che nella *legis actio sacramento in rem* la cd. «*Sachverfolgung*» potesse ben conciliarsi con l’uso della forza per ottenere la presenza del convenuto.

agire nello stesso modo, senza alcun ulteriore formalità⁵⁴, causando non pochi problemi per la pace sociale⁵⁵.

Quando la lite riguardava *res immobiles*, almeno nell'epoca più risalente, il recarsi col magistrato sul fondo oggetto della controversia non era di per sé una garanzia per la corretta instaurazione del processo né tantomeno avrebbe potuto assicurare un impossessamento duraturo della *res*, poiché il convenuto avrebbe potuto, anche se solo temporaneamente, sottrarsi alla lite. Per questo motivo, affinché la presenza del magistrato sul fondo non fosse inutile, l'attore doveva agire preventivamente tramite la *in ius vocatio* con l'apprensione di chi volesse «*pedem struere*»⁵⁶. Chiaramente, nel momento in cui la *lis* iniziò ad instaurarsi su di un simbolo del fondo oggetto della contesa (ad esempio una zolla

⁵⁴ In particolare I. BUTI, «*In ius vocatio*» e «*genera actionum*», in *Sodalitas Scritti in onore di Antonio Guarino*, V (1984), pagg. 2412 nt. 13, contesta la posizione del CANNATA, *Profilo cit.*, pag. 29, secondo il quale il convenuto avrebbe dovuto agire in veste di attore in un nuovo processo «rischiando la sua *causa*». Come ben ricorda il Buti, il nuovo processo è solo eventuale ed, inoltre, nel processo *per legis actiones* le parti agiscono in maniera paritaria come afferma Gai. 4. 16; infatti, anche il convenuto è tenuto ad effettuare la *vindicatio*, spendendo la propria *causa*, e sarebbe stato poi il magistrato a decidere quale *sacramentum* (sia dell'attore che del convenuto) fosse *iustum* per l'assegnazione del possesso interinale.

⁵⁵ Ancora I. BUTI, «*In ius vocatio*» cit, pag. 2412 nt. 14, ricorda la mancanza di fonti circa l'utilizzo della forza nell'impossessamento della *res*, forza contrariamente approvata e disciplinata per realizzare la citazione in giudizio.

⁵⁶ Sul significato di questa espressione S. BOSCHERINI, «*Pedem struere*», in *St. Urbinati*, 38 (1969- 70), pagg. 105 ss. La si ritrova in *FIRA*, I, pagg. 26- 27: *Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*. Il significato attribuitole universalmente è quello di “fuggire” o, meglio, “tentare di fuggire”, secondo l'interpretazione data da Servio Sulpicio Rufo riportata da Festo, il quale, però, dà notizia anche di altri modi in cui tale frase potesse essere intesa: *alii putant significare retrorsum ire, alii in aliam parte, alii fugere, alii gradum augere, alii minuire; ac vix quidem pedem pedi praefert, otiose it, remoratur*. Tra queste diverse ipotesi dateci da Festo, solo l'ultima si distacca da quella di Sulpicio Rufo poiché *pedem struere* non viene letto come fuga ma come resistenza. E, in effetti, in latino antico *struere* indicherebbe l'azione di erigere qualcosa di solido, di materiale (Cato, *de agr. cult.* 18. 7; 38. 1). Inoltre, unendo *struere* al termine *pedem* sarebbe logico ritenere che l'intera espressione indichi l'atto di alzare o portare avanti il piede, in modo che questo costituisca un ostacolo. Calando, dunque, le parole *pedem struere* nell'ambito giuridico, esse indicherebbero il “fare opposizione”. Tale atto formale, allora, esprimerebbe resistenza a venire in giudizio ovvero l'opposizione all'accusa o alla pretesa dell'attore. E proprio questa lettura data da Festo parrebbe essere quella giusta, perché Sulpicio Rufo avrebbe dato una interpretazione forzata dell'espressione.

di terra), l'unica garanzia per la comparizione del convenuto in giudizio e, dunque, per la realizzazione dello scopo dell'attore era la sola *in ius vocatio*.

A sostegno della propria tesi, il Buti evidenzia la contraddittorietà di quella dottrina che prima negherebbe la necessità della *in ius vocatio* nelle azioni di rivendica proposte tramite la *legis actio sacramenti in rem*, e poi, al contrario, la considererebbe un presupposto indispensabile nella *vindicatio* formulare. Sicuramente esistono delle differenze strutturali tra i due sistemi processuali, ma tale motivazione non sembra essere sufficiente, in quanto è pacifico che la *formula* richieda l'attiva collaborazione del convenuto, ma Gaio afferma per tutte le *legis actiones* (tranne la *pignoris capio*, per il problema stesso di inquadrarla in questo sistema processuale quale *legis actio*): «*non aliter uti possent quam apud praetorem praesente adversario*»⁵⁷. E sempre Gaio, molto preciso nell'indicare le differenze ed i cambiamenti storici nell'ambito delle azioni, evidenzia come regola generale ed inderogabile «*in summa sciendum est eum qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere*»⁵⁸, senza dunque rintracciare nessuna differenza tra i due processi dell'*ordo* in merito alla citazione in tribunale.

Il Buti, inoltre, sottolinea il “dovere” di procedere alla *in ius vocatio* come forma di tutela anche nei confronti del convenuto. Laddove, infatti, l'*actio in rem* di rivendica fosse stata attuata in maniera dolosa nei confronti di una persona assente, l'impossessamento non era di per sé idoneo a garantire l'inizio del processo, perché non preceduto dalla *in ius vocatio* fondamentale per l'instaurazione del giudizio stesso⁵⁹.

⁵⁷ Gai. 4. 29.

⁵⁸ Gai. 4. 183.

⁵⁹ Come si vedrà più dettagliatamente nel paragrafo successivo della ricerca, nell'ambito del processo *per formulas*, nel caso in cui il *vocatus* non avesse obbedito alla

Infine, lo studioso ricorda che il *vocatus*, una volta ricevuta l'intimazione a presentarsi in giudizio, si trovava sottoposto al potere dell'attore e doveva seguirlo immediatamente dinanzi al magistrato, nonostante la "violenza" di tale metodo di citazione. Per mitigare questo aspetto, fu poi introdotta la possibilità per il convenuto di chiedere l'intervento di un *vindex*, una figura tutt'ora molto oscura data la scarsità di fonti a noi pervenute. In dottrina ci sono stati molti dibattiti circa la funzione del *vindex*, sia nella *manus iniectio* che nella *in ius vocatio*.

A tal proposito la La Rosa riterrebbe che il *vindex* intervenisse nel processo in qualità di rappresentante del *vocatus*⁶⁰, una tesi, però, difficilmente condivisibile se si ricorda il divieto di *lege agere alieno nomine*⁶¹.

Il Provera, infatti, rifiuta tale interpretazione⁶², considerando che le due questioni debbano essere affrontate distintamente, dato che il

citazione in giudizio ovvero quando la *in ius vocatio* fosse impossibile, si procedeva con la *missio in bona* nei confronti del chiamato e, poi, con un'*actio* contro il *vocatus* «*qui neque venerit neque vindicem dederit*» introdotta probabilmente in epoca più avanzata ed utilizzabile per qualunque tipo di azione. La possibilità di ricorrere a questa *actio in factum* si rintraccia in un passo gaiano⁵⁹, che tratta delle *formulae in factum conceptae*. In questo testo Gaio, dopo aver proposto come sempio l'ipotesi di un liberto che cita in giudizio il proprio patrono, afferma che tutte le formule che si trovano sotto il titolo *de in ius vocando* siano tutte concepite in fatto, e, tra di esse, quella contro colui che, chiamato in tribunale, non sia né comparso né abbia dato un garante. Ritornando alla *missio in bona*, nata com'è noto per finalità differenti, quasi da subito essa divenne uno strumento per punire il soggetto che non fosse comparso in giudizio a seguito della *in ius vocatio*. Inoltre, tale rimedio sarebbe applicabile sia alle *actiones in rem* che a quelle *in personam*.

⁶⁰ F. LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio ed il garante nel vadimonium*, in *Studi Betti*, III (Milano, 1962), pagg. 304 ss.

⁶¹ Gai. 4. 82.

⁶² In particolare il PROVERA basa la sua tesi sull'autorità di M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 66 ss. Opposta, ma isolata, è l'interpretazione dello S. SCHLOSSMANN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in *Z.S.S.*, 24 (1903), pagg. 279 ss., secondo cui nessuna fonte testimonierebbe l'intervento del *vindex* nella *in ius vocatio*. Ma il PROVERA ricorda Gai. 4. 46 che richiama l'*actio in factum* prevista «*adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*». Più difficile sempre per il PROVERA, se non impossibile, pare la possibilità di sostituzione da parte del *vindex* nel ruolo di convenuto nel processo, come invece affermato da G. BROGGINI, *Vindex und Iudex*, in *Z.S.S.*, 76 (1959), pag. 145, che ritiene che «*der Vindex der in ius vocatio übernimmt die dem Geladenen zustehende*

vindex nella *in ius vocatio* non sostituiva il convenuto nella contestazione della lite ma ne garantiva solo la presenza in giudizio in un determinato giorno⁶³.

In alcuni casi, in effetti, probabilmente il convenuto voleva solo posticipare l'inizio del processo senza però voler venir meno alla citazione in giudizio. Proprio per questo motivo venne introdotta la figura del *vindex*, che avrebbe assunto la responsabilità laddove il *vocatus* non si fosse presentato *in iure* nella data prestabilita. In tale situazione l'attore avrebbe proceduto con una ulteriore *in ius vocatio* facendo, inoltre, valere la garanzia assunta dal *vindex*.

Quest'ultimo punto è uno di quelli che ancora oggi lascia molti dubbi in dottrina circa le norme applicabili a seguito dell'intervento del *vindex* nella *in ius vocatio*. Nella procedura *per formulas* le fonti testimoniano l'esistenza di una *actio in factum* che il garante poteva esperire quando il convenuto non si fosse presentato in giudizio, e questa esplicita previsione normativa lascia probabilmente intendere che nelle *legis actiones* ancora non era stato previsto alcun rimedio di carattere civilistico. Addirittura il Lévy- Bruhl⁶⁴ avrebbe ritenuto possibile che il *vindex* rimanesse ostaggio del potere dell'attore fino alla comparizione in giudizio del convenuto.

Beklagtenrolle», evidenziando che il *vindex* si trova nella stessa posizione dell'*auctor*. Anche il PUGLIESE, *Le legis actiones...* cit., pagg. 263 ss., sebbene non esprime una precisa opinione in merito alla questione, ritiene comunque esistente una differenza tra il ruolo del *vocatus* e la posizione di colui che era soggetto alla *manus iniectio*, il quale giuridicamente non poteva contestare la pretesa dell'attore.

⁶³ G. PROVERA, *Il principio cit.*, agg. 15 ss.

⁶⁴ H. LÉVY- BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Parigi, 1960, pagg. 169 ss.

3. La *in ius vocatio* nel processo *per formulas*

Il processo *per formulas* nasce nel periodo preclassico e per molto tempo coesistette accanto al sistema processuale delle *legis actiones*. Tale sistema venne introdotto inizialmente per dirimere le controversie che sorgevano *inter cives et peregrinos* ovvero *inter peregrinos in urbe Roma* e la giurisdizione era del *praetor peregrinus*; successivamente, data la loro maggiore duttilità in quanto prive di tutte le formalità rituali delle *legis actiones*, le procedure *per concepta verba* vennero utilizzate dal *praetor urbanus* per le liti tra cittadini rientranti nel *ius civile novum* e poi, a seguito della *lex Aebutia de formulis*, vennero estese anche agli istituti del *ius civile vetus*.

Dopo la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, che riordinò il sistema processuale romano, la procedura formulare venne utilizzata quasi in maniera esclusiva solo fino agli inizi del II d. C. perché il nuovo sistema di cognizione straordinaria introdotto dal *princeps* pian piano soppiantò i vecchi sistemi procedurali⁶⁵.

Il processo formulare ha delle caratteristiche peculiari⁶⁶ che in alcuni casi sono simili a quelle del processo *per legis actiones*. Infatti, permane la distinzione in due fasi, *in iure* e *apud iudicem*, anche se la fase *in iure* subisce dei notevoli cambiamenti, poiché non era più prevista la pronuncia di parole solenni e la realizzazione di gesti rituali, in quanto le parti si sarebbero recate dinanzi al magistrato per discutere liberamente la questione che sarebbe stata poi considerata in termini di

⁶⁵ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 183 ss.

⁶⁶ *Ibidem*, pagg. 185 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo cit.*, 1963; M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 151 ss.

*aequitas*⁶⁷ fino a giungere all'accordo a tre meglio conosciuto come *litis contestatio*⁶⁸.

Come nel processo *per legis actiones*, anche in quello formulare era necessario che entrambe le parti comparissero dinanzi al magistrato affinché il processo potesse iniziare correttamente, però bisogna ricordare che in questo caso l'instaurazione del contraddittorio serviva non per il compimento di gesti e formule rituali, bensì per pervenire alla *litis contestatio*⁶⁹.

Ancora una volta spetta all'attore il compito di citare in giudizio il convenuto tramite la *in ius vocatio*, che di solito era accompagnata da una *editio actionis* stragiudiziale.

Sulla *in ius vocatio* formulare, fortunatamente, abbiamo molte notizie date dalle fonti⁷⁰ ed, inoltre, molte voci autorevoli in dottrina⁷¹ si sono espresse su questo istituto.

⁶⁷ Per il concetto di *aequitas* A. GUARINO, voce *Equità (d. rom.)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, pagg. 618 ss., e in *PDR*, 4 (1994), pagg. 198 ss.

⁶⁸ Sinteticamente, il cosiddetto *iudicium* formulare, si divide strutturalmente in quattro parti: la *iudicis datio*, ossia l'assegnazione del giudice; la *pars pro actore*, dove era indicata la tesi dell'attore e si richiedeva una pronuncia a lui favorevole laddove gli argomenti posti a sostegno di tale tesi fossero risultati fondati; la *pars pro reo*, in cui si formulava l'ipotesi opposta a quella della parte a favore dell'attore, chiedendo dunque una pronuncia di assoluzione; infine, il *iussum iudicandi*, e cioè l'invito che il magistrato rivolgeva al giudice di emettere una *sententia*. La *formula*, poi, era a sua volta caratterizzata da elementi essenziali ed elementi accidentali. I primi erano: l'*intentio*, in cui si chiariva l'azione esperita dall'attore; la *condemnatio*, ossia la richiesta rivolta al giudice di condannare (o assolvere). Quelli accidentali erano: la *demonstratio*, dove veniva chiarita la pretesa dell'attore; l'*adiudicatio*, (presente nei giudizi divisorii) quindi l'assegnazione ai singoli dividendi delle parti dell'oggetto comune; la *praescriptio*, e cioè una clausola che poneva dei limiti temporali all'attività di entrambe le parti; la *taxatio*, una clausola per prevedere il maximum dell'importo della somma della condanna; infine l'*exceptio*, che era una clausola diretta a subordinare la *condemnatio* ad una ulteriore attività processuale (di solito di accertamento).

⁶⁹ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 85 ss.

⁷⁰ Gai. 4. 183; D. 2. 4. 1 (Paul. 4 *ad ed.*).

⁷¹ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 214 ss.; M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 220 ss.; A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984; I. BUTI, «*In ius vocatio*» cit.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la 'in ius vocatio'*, in *SDHI*, 37 (1971), pagg. 261 ss.; ID., *El vindex en la "in ius vocatio"*, in *AHDE*, 41 (1971), pagg. 809 ss.; ID., *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969; G.

Il Buti afferma di essere d'accordo con la parte della dottrina⁷² che propenderebbe per la struttura "neutra" della *in ius vocatio*, considerata come strumento generico di inizio della controversia atta a garantire la comparizione del convenuto dinanzi al magistrato, questo sia nel processo *per legis actiones* che in quello *per formulas*, prescindendo dal *genus actionis* utilizzato. E questa interpretazione è confermata, inoltre, da Gaio⁷³.

Un ulteriore questione, che ha interessato la dottrina circa la *in ius vocatio* formulare, è quella relativa alla forma. Senza dubbio la forma era orale⁷⁴, il problema, però, era la presenza o meno di parole ben precise che dovessero essere utilizzate dall'attore in questo atto di citazione⁷⁵.

Di particolare interesse sono le commedie di Plauto⁷⁶, dove si possono rintracciare alcune notizie all'introduzione del giudizio e quindi alla *in ius vocatio* formulare.

PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 86 ss.; U. E. PAOLI, *La «in ius vocatio» dans les comédies de Plaute*, in *Studi Senesi*, 63 (1952), pagg. 283 ss., ora in *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, pagg. 113 ss.; G. PUGLIESE, *Les voies* cit., pagg. 249 ss.

⁷² A. GUARINO, *Diritto* cit., pag. 176; G. NICOSIA, *Il processo* cit., pag. 78; G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 19;

⁷³ Gai. 4. 29.

⁷⁴ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación* cit., pagg. 17 ss.

⁷⁵ G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pag. 370, ritiene addirittura che esista una totale libertà di forma nella *in ius vocatio* che non viene considerata un atto formale vero e proprio.

⁷⁶ Sull'utilizzo delle commedie di Plauto mi sembra opportuno spiegare perché tali testi vengano utilizzati nell'ambito del diritto romano per la ricostruzione di tutta una serie di istituti prettamente giuridici. Il ricorso al Sarsinate è stato molto discusso in dottrina. Di fondamentale importanza è l'opera di E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Roma, 1968. Lo studioso afferma che nessuna testimonianza diretta ci è pervenuta relativamente alla storia del diritto romano, sia pubblico, ma in particolare privato, nel VI secolo. Infatti, rimangono solo i libri *De re rustica* di Catone, che però non hanno il carattere di una trattazione generale su tutti gli aspetti della vita sociale a Roma in quel determinato periodo storico. Ed è per questo motivo che le venti commedie di Plauto a noi giunte integre e i frammenti delle altre andate purtroppo perse, sembrano essere l'unica fonte più attendibile di quell'epoca. In particolare, grazie alle situazioni narrate dal Sarsinate nelle sue opere, sarebbe possibile cogliere alcuni aspetti giuridici strettamente connessi alla vita sociale pratica nella sua quotidianità. Il maggiore dubbio sollevato dalla dottrina è

I principali riferimenti alle varie modalità in cui poteva svolgersi la *in ius vocatio*, secondo quanto riportato da Plauto, sono i seguenti:

Asin., II. 4 vv. 480- 481 :

M. in ius voco te *L.* Non eo.⁷⁷

Curc., V. 2 vv. 620- 626:

Ph. Qui scis mercari furtivas atque ingenuas virgines, Ambula in ius. *Th.* Non eo. *Ph.* Licet antestari? *Th.* Non licet. [*Ph.* Iuppiter te male perdat: intestatus vivito.]

At ego quem licet te. Accede huc. *Th.* Servom autestari?

[*C.* vide

Hem, ut scias me liberum esse. Ergo ambula in ius.

[*Th.* Em tibi.

C. O cives, cives. *Th.* Quid clamas? *Ph.* Quid tibi istum

[tactio est?

3. v. 683:

Ca. Postquam nil fit, clamore hominem posco: ille in ius

che Plauto non solo avrebbe semplicemente attinto dalle opere greche, ma, in alcuni casi, si sarebbe limitato ad una semplice traduzione di queste ultime, presentando, dunque, un quadro non genuino della realtà romana. Molti autori, tra cui MOMMSEN, OTTO, ALCIATO, BECHMANN e in parte il BETHMANN-HOLLWEG, propendono per la “greicità” dei testi plautini; al contrario, il COSTA ritiene che da un’analisi accurata delle commedie e dei frammenti a noi pervenuti si possa giungere ad una conclusione totalmente diversa. Egli, infatti, presenta tutta una serie di esempi che si riallaccerebbero perfettamente col diritto privato romano, addirittura per quanto riguarda l’ambito processuale, questa interpretazione sarebbe confermata da fonti successive, di certa origine romana, che riportano gli stessi schemi procedurali narrati da Plauto. Senza ombra di dubbio Plauto ha attinto da autori greci, ma egli doveva necessariamente adattare tali modelli al suo pubblico e, dunque, ricorreva all’utilizzo di istituti tipicamente romani che sarebbe stati facilmente comprensibili dai cittadini.

⁷⁷ Trad. vv. 480- 481: *M.* Vedrai che bel processo ti farò intentare. *L.* E io non mi presento. È probabile, però, che in questo caso il mercante minacci Leonida di sottoporlo al giudizio del padrone, perché un libero non avrebbe potuto intentare un processo nei confronti di uno schiavo.

vocat.⁷⁸

Mostell., V. 1. vv. 1088- 1092:

Tr. Quin et illum in ius si veniam...

Th.

Mane,

Experiar, ut opino:

Tr. <Opino?> certumst. Mihi hominem cedo:

Vel hominem iube aedis mancipio poscere.⁷⁹

Persa, IV. 9. vv. 745- 750:

S. Age, ambula in ius, leno. *D.* quid me in ius vocas?

S. Illi apud raetorem dicam: sed ego in ius voco.

D. Nonne antestaris? *S.* tuan 'ego caussa, carnufex,

Quoiquam mortali libero aureis atteram?

Qui hic commercaris cives homines liberos.

D. Sine dicam. *S.* nolo. *D.* audi. *S.* sum surdus, ambula.

Sequere hac, scelestas feles virginaria. Sequere hac, mea
gnata, me usque ad praetorem.⁸⁰

⁷⁸ Trad. vv. 620- 626: Ph. E allora, poiché sei capace di comprare ragazze libere, rubate alla loro famiglia, andiamo in tribunale. Th. Non ci vengo. Ph. Vuoi produrre testimoni? Th. Non voglio. Ph. Giove ti fulmini! Campa pure senza testi...moni! [A Gorgoglione] Ma io posso ricorrere a te come testimone: avvicinarti! Th. Uno schiavo fare da testimone? Guarda un po'! Cu. Ehi, sappi che io sono libero: perciò andiamo in tribunale. Th. [prendendolo a pugni] E allora tieni! Cu. Aiuto, cittadini, aiuto! Th. Che hai da gridare? Ph. Con che diritto gli metti le mani addosso?. v. 683: Ca. Vedendo che non veniva fuori nulla, ho cominciato a strillare a tutta possa per rinfrescargli la memoria; e lui mi cita in tribunale.

⁷⁹ Trad. vv. 1088- 1092: Tr. Ma se lo cito io in tribunale... Th. Aspett, voglio fare l'esperimento di quello che ti ho detto. Tr. L'esperimento? Ma è una cosa sicura! Lui devi far venire: o se no obbligalo a trasferirti la proprietà della casa.

⁸⁰ Trad. vv. 745- 750: S. Forza, marcia in tribunale, ruffiano. D. Perché in tribunale? S. Te lo dirò lì, in faccia al pretore; via, in tribunale! D. E perché non produci testimoni? S. Ah, vorresti che per la faccia tua andassi a pizzicare l'orecchio a qualche uomo libero, per chi come te fa commercio di cittadini, di gente che è nata libera? D. Ma lasciami parlare.

Poen., V. 4. v.1225:

H. in ius uos uoco.

vv. 1229- 1233:

H. Ite in ius. ne moramini. *A.* Antestare me atque duce.

H. Ego te antestabor. *A.* Postea hanc amabo amplexabo.

Sed illud quidem uolui deicere: immo dixi quod uolebam.

H. Moramini. in ius uos uoco, nisi honestiust prehendi.

A. Quid in ius uocas nos? quid tibi debemus?

6. vv. 1342- 1349:

A. Leno, eamus in ius. *L.* Obsecro te, Agorastocles,

Suspendere ut me liceat. *H.* In ius te uoco.

L. Quid tibi mecum autemst? *H.* Quia enim hasce aio liberas

Ingenuasque esse filias ambas meas.

Eae sunt subruptae cum nutrice paruolae.

L. Iam pridem equidem istuc sciui et miratus fui

Neminem uenire, qui istas adsereret manu.

Meae quidem profecto non sunt. *A.* Leno, iu ius eas.

v. 1360:

L. Perir hercle. *A.* Immo haud multo post, si in ius ueneris.⁸¹

S. Nossignore D. Senti. S. Sono sordo, cammina. Vieni per di qua, criminale faina scuoiatrice di verginelle! Vieni pure tu, figlia mia, dritto dritto dal pretore.

⁸¹ Trad. v. 1225: *H.* Vi convoco in tribunale. vv. 1229- 1233: *H.* Su, dritti in tribunale, senza perdere tempo. Fammi da testimone e guidami. *A.* Sì, farò il teste per te, poi

Rud., III. 1. v. 608:

In ius uocat med.

6. vv. 860- 862:

P. Age, ambula in ius. *L.* Quid ego deliqui? *P.* Rogas?

Quine arrabonem a me accepisti ob mulierem

Et iam hinc eam abduxit?⁸²

Truc., IV. 3. v. 840:

C. Eamus, tu, in ius. *D.* Quid uis in ius me ire? tu's praetor
[mihi.⁸³

Il Paoli⁸⁴, nel suo tentativo di capire se la *in ius vocatio* plautina fosse quella effettivamente utilizzata nella procedura civile romana per instaurare un giudizio ovvero una semplice traduzione di un termine greco avente significato totalmente diverso, offre un paragone tra la modalità di citazione romana e l'ἀπαγωγή attica.

farò il tasto alla mia bella e ci farò all'amore. Ma, aspetta, volevo dirti questo...ma no, quello che volevo dire l'ho detto già. H. State perdendo tempo. Vi convoco in tribunale, se non è più onorevole che vi si trascini. A. Ma perché ci convochi in tribunale? Di che ti siamo debitrice? vv. 1342- 1349: A. Lenone, marcia con me in tribunale. L. Ti scongiuro, Bencomprato, lasciami il tempo di impicarmi. H. Ti convoco in tribunale. L. E tu ora da dove spunti, e che hai da dire con me? H. La ragione è che dichiaro che tutte e due queste ragazze sono libere di nascita e di condizione e figlie mie. Sono state rapite con la loro nutrice quando erano piccole. L. E be'? Questo lo sapevo da un secolo e mi ero sempre meravigliato che non fosse venuto nessuno a rivendicarsele. Lo so bene che non mi appartengono. A. Lenone, su con me in tribunale. v. 1360: L. Accidenti, sono spacciato! A. Non adesso, ma fra poco quando ti trascineremo in tribunale.

⁸² Trad. v. 608: Tr. Mi citava in tribunale. vv. 860- 862: P. Forza, cammina con me in tribunale. L. Ma che reato ho commesso? P. E me lo domandi? Non ti pare niente aver intascato da me una caparra per la ragazza ed essertela poi portata via dal paese?

⁸³ Trad. v. 840: C. Quanto a noi, andiamo in tribunale. D. Ma perché vuoi condurmi in tribunale? Chi meglio di te può farmi da pretore?

⁸⁴ U. E. PAOLI, *La «in ius vocatio»* cit., pagg. 115 ss.

Lo studioso afferma che l'istituto greco fosse una procedura eccezionale, in quanto la prassi processuale nei tribunali ellenici prevedeva che l'intimazione a comparire in giudizio avveniva tramite una πρόσκλησις, una citazione, la costrizione materiale, infatti, era vietata.

Quando, però, l'intimazione a comparire avesse riguardato dei soggetti particolarmente pericolosi, i κακοῦργοι (elencati pedissequamente dalla legge greca), o gli adulteri colti in flagrante, ovvero contro coloro che esercitassero abusivamente il diritto di cittadinanza, qualsiasi cittadino avrebbe avuto la facoltà di afferrarli e trascinarli in giudizio tramite la procedura eccezionale dell'ἄπαγωγή, e, inoltre, laddove fossero stati giudicati colpevoli sarebbero stati messi a morte immediatamente⁸⁵.

Quindi lo studioso rileva come tra la procedura romana che permette di trascinare davanti al magistrato il convenuto riluttante, e la procedura attica, che nella generalità dei processi prevede la formalità di una citazione senza alcuna apprensione materiale del *vocatus*, ci sia un netto divario.

Plauto, dunque, nelle sue commedie avrebbe tradotto il termine ἄπαγωγή con le espressioni *rapere in ius* o *in ius vocare*, che sembravano essere l'unico modo per poter rendere in latino quella modalità di citazione in giudizio tipica della Grecia.

Tale interpretazione nasce dal fatto che Plauto pare abbia utilizzato i termini *rapere in ius* e *vocare in ius* in tutte le situazioni che in Grecia avrebbero permesso il ricorso all'ἄπαγωγή, creando, attraverso questo tentativo di romanizzazione dei vocaboli greci, delle “absurdités juridiques”.

⁸⁵ Aristot., *Const. Ath.* 52. 1.

Il Paoli afferma che Plauto avrebbe deciso di adottare questa particolare terminologia latina perché coincideva con le conoscenze e le nozioni elementari di diritto che il popolo aveva, e, in un certo senso, testimonia allo stesso tempo la “vitalité, à l’époque de Plaute, des institutions juridiques rappelées par les termes employés”.

Il Lévy-Bruhl⁸⁶, considerato il silenzio delle fonti circa la necessità di pronunciare specifiche parole nell’atto di citazione in giudizio, appoggia la tesi del Paoli⁸⁷ relativamente alla testimonianza del teatro di Plauto su questa tematica, teatro che sembrerebbe però riferirsi, secondo il suo punto di vista, al diritto greco e non a quello romano, ed, inoltre, ritiene che continui a permanere un alone di sacramentalità.

Il Costa, sembrerebbe essere di diverso avviso. Secondo l’a., innanzitutto, da una visione d’insieme di questi frammenti plautini sembrerebbe che non fosse necessario inserire già nella *in ius vocatio* una spiegazione sommaria del perché si intentasse la lite⁸⁸.

Inoltre, quello che più interessa ai fini della ricerca sarebbe l’assenza del ricorso ad una qualche forma giuridica particolare prefissata. Pare, infatti, che la forma sia una prerogativa dell’attore che vuole far comparire in giudizio il convenuto vincendone la resistenza.

Ancora, la comparizione in giudizio del *vocatus* è sempre immediata nella commedia plautina e qualora il convenuto non avesse adempiuto all’intimazione a comparire *in iure* si verifica l’*antestatio*, a seguito della quale viene concessa, contro il *vocatus*, la *manus iniectio*.

⁸⁶ H. LÉVY- BRUHL, *Recherches* cit., pag. 161.

⁸⁷ U. E. PAOLI, *La «in ius vocatio* cit., pagg. 113 ss.

⁸⁸ E. COSTA, *Il diritto privato* cit., pagg. 447 ss.

Come già evidenziato, il Costa ritiene che la testimonianza di Plauto rappresenterebbe, sebbene non in maniera fedele, il quadro della vita sociale e giuridica del diritto romano dell'epoca.

Il Kaser⁸⁹ concorda sull'utilizzo della forma orale, ma, al contrario del Lévy-Bruhl, scevra di qualsivoglia carattere spirituale, come sembrerebbe confermare il teatro plautino che riprodurrebbe, secondo lo studioso, in maniera quasi fedele la prassi romana⁹⁰.

Dai testi letterari a noi pervenuti emergerebbe, dunque, una totale libertà di forma, libertà che in ogni caso era caratterizzata da una normale limitazione del linguaggio, nel senso che ovviamente non esistevano molte forme per esprimere l'idea di "chiamare o citare" in giudizio qualcuno.

In quanto agli effetti, una volta realizzata la *in ius vocatio*, il chiamato in giudizio aveva l'obbligo assoluto di presentarsi dinanzi al magistrato, altrimenti sembrerebbe applicabile la sanzione prevista dalle XII Tavole nel processo *per legis actiones*, e, dunque, la possibilità data all'attore di trascinare il *vocatus* recalcitrante. Tuttavia, se è vero che tale possibilità venisse ancora riconosciuta nel processo formulare, c'è da segnalare un forte cambiamento rispetto al sistema processuale precedente poiché viene ridimensionato l'utilizzo della violenza per trascinare il *vocatus* in giudizio. L'editto del pretore, infatti, stabilì una nuova serie di misure coattive per garantirne la presenza *in iure*. In questo modo la *in ius vocatio*, a seguito delle modifiche nate dall'esercizio

⁸⁹ M. KASER, *Das römische cit.*, pag. 48.

⁹⁰ Sul punto già si era espresso V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Padova, 1936, pag. 207, affermando che non si potesse essere certi circa la sacramentalità delle parole utilizzate nella *in ius vocatio*, nel senso che un errore avrebbe implicato la nullità della citazione stessa.

dell'*imperium* magistratuale, assume una sfumatura di carattere pubblico⁹¹ che era del tutto assente nel processo *per legis actiones*⁹².

Da ciò si evince che non c'era stato un cambio sostanziale circa la natura della *in ius vocatio* tra i due processi di cognizione ordinaria, poiché la conseguenza principale è sempre il sorgere in capo al convenuto di una obbligazione di comparire immediatamente *in iure*⁹³.

Nel caso in cui si fosse stata una *editio actionis* stragiudiziale, in un momento precedente alla *in ius vocatio*, le parti si sarebbero potute accordare tra loro e il *vocatus* si sarebbe impegnato volontariamente a comparire in giudizio in un determinato momento, rendendo superflua la *in ius vocatio* stessa. Sicuramente questo *vadimonium*⁹⁴ era vantaggioso sia per l'attore che per il convenuto stesso, che avrebbe saputo previamente le ragioni della chiamata in giudizio, venendo in questo modo meno la rigidità del vecchio sistema di citazione delle *legis actiones*.

Un'ulteriore possibilità introdotta nel processo formulare è quella che permetteva al *vocatus* di presentare un *vindex*, come testimonia:

Gai. 4. 26:...*adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit.*

⁹¹ Sui poteri magistratuali di *prensio* e *vocatio* nel processo criminale si veda C. CASCIONE, *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli, 2010, pagg. 107 ss.

⁹² G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pag. 374.

⁹³ Inoltre, si deve ricordare che tale obbligazione nasceva anche in caso di magistrato incompetente come testimoniato da D. 2. 5. 2 pr. (Paul. 1 *ad ed.*) e D. 5. 1. 5 (Ulp. 5 *ad ed.*).

⁹⁴ Gai. 4. 184.

Tralasciando momentaneamente la questione del ricorso al *vin-dex*, di cui si parlerà tra poco, è necessaria parlare brevemente dei requisiti della *in ius vocatio*, affinché essa abbia efficacia.

In primis la citazione in giudizio poteva essere effettuata nel momento stesso in cui il *vocatus* si fosse fatto vedere in pubblico, o quando si trovasse sulla porta di casa, alle terme o a teatro⁹⁵; era, invece, assolutamente proibito realizzare la *in ius vocatio* violando il domicilio della *domus* senza il consenso del chiamato, come ricordato da:

D. 2. 4. 18 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*): *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri.*

D. 2. 4. 21 (Paul. 1 *ad ed.*): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.*

Dei rimedi esperibili nel caso in cui il *vocatus* si fosse nascosto dentro casa si tratterà successivamente.

Nel caso in cui l'attore avesse violato tale principio due sembrano essere le possibilità: o si considerava la citazione invalida⁹⁶ ovvero si concedeva al convenuto il ricorso ad una *actio iniuriarum*⁹⁷. Tuttavia la soluzione più verosimile è che il chiamato dovesse recarsi dinanzi al

⁹⁵ D. 2. 4. 19 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 2. 4. 20 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*).

⁹⁶ G.PUGLIESE, *Il processo* cit., pag. 372.

⁹⁷ D. 47. 10. 23 (Paul. 4 *ad ed.*).

magistrato trovandosi già nella condizione di *vocatus*, sebbene in maniera “illecita”, facendo sì che si realizzasse lo scopo della *in ius vocatio*, rimanendogli però la possibilità di agire con una *actio iniuriarum* per ottenere il risarcimento della violazione del proprio domicilio.

Un'altra innovazione del sistema formulare di citazione è l'obbligatorietà della *editio actionis* preprocessuale, come si evince dal titolo *de edendo* di D. 2. 13.

Le fonti sono poche chiare circa le conseguenze della mancata effettuazione della comunicazione dell'oggetto della contesa e dei mezzi probatori da parte dell'attore. Il Fernández Barreiro⁹⁸, riprendendo una interpretazione già esposta dal Pugliese⁹⁹, ritiene che se la *in ius vocatio* formulare non fosse stata preceduta dalla *editio actionis*, il *vocatus*, una volta presentatosi dinanzi al magistrato, avrebbe potuto ricorrere ad un'*actio in factum* contro l'attore.

Un altro elemento innovativo rispetto alle azioni di legge, è l'obbligatorietà dell'*editio actionis* pre-processuale, che consisteva nell'indicazione dell'oggetto della pretesa e dei mezzi probatori da parte dell'attore, come è chiaramente testimoniato dalle fonti. Fonti che, però, presentano molte lacune circa gli effetti della mancata effettuazione della suddetta *editio*, causando non pochi problemi alla dottrina che ha cercato di individuare delle soluzioni plausibili.

Se fosse stata realizzata una *in ius vocatio* senza aver prima proceduto all'*editio actionis*, il *vocatus*, che si fosse comunque presentato davanti al magistrato, avrebbe potuto esercitare contro il *vocans* una azione penale *in factum* per sanzionare la disobbedienza dell'attore alla clausola edittale.

⁹⁸ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información* cit., pagg. 95 ss.

⁹⁹ G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pagg. 369 ss.

Ma poteva anche accadere che il *vocatus* non si fosse presentato *in iure* a causa della mancanza della *editio actionis*. In questo caso il comportamento del chiamato in giudizio violava l'obbligazione processuale, prevista dallo *ius civile*, di rispettare la citazione, motivo per cui non avrebbe potuto chiedere al pretore l'*actio* penale *in factum*. L'attore, allora, avrebbe potuto iniziare un giudizio accessorio, chiedendo al pretore un'*actio in factum* per la mancata comparizione del *vocatus*. È, però, probabile che a quest'ultimo il pretore avrebbe concesso una *exceptio doli* basata sulle allegazioni di mancata *editio actionis* extra-processuale, come causa di giustificazione della sua mancata presenza nel processo principale¹⁰⁰.

Con l'editto del pretore vennero elencati tutta una serie di casi in cui, per diverse ragioni, la *in ius vocatio* non era legittima¹⁰¹: quello in cui si trattasse di soggetti che ricoprivano un particolare ufficio, quindi magistrati dotati di *imperium* o *potestas*; o quando la *in ius vocatio* fosse illecita in virtù dell'importanza dell'atto che in quel momento stava compiendo il *vocatus*¹⁰², ad esempio una cerimonia religiosa, una causa pubblica, il matrimonio, i funerali etc.; il caso dove il tempo in cui si realizza la *in ius vocatio*, in quanto bisognava tener in conto il momento della giornata, il calendario giudiziale, ovviamente con le eccezioni che in casi particolari erano concesse in funzione dell'urgenza; infine, in caso di incapacità: si fa riferimento, in tale ipotesi, all'*infans*, al *furiosus*, al *servus*, al *filius familias*, al *pupillus*, alla *mulier*, alla *filia familias*.

¹⁰⁰ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg.26 ss.

¹⁰¹ D. 2. 4. 2 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹⁰² D. 2. 4. 3 (Callist. 1 *cognit.*); D. 2. 4. 4 (Ulp. 5 *ad ed.*).

Accanto ai casi di illegittimità della *in ius vocatio*, Ulpiano e Gaio ne attestano altri in cui, invece, ai fini della legittimità stessa, l'editto pretorio prevedeva, a carico dell'attore, la richiesta di autorizzazione del *praetor* per effettuare la *in ius vocatio*¹⁰³:

D. 4. 6. 26. 2 (Ulp. 12 *ad ed.*): *...sed nec ad eos pertinet hoc edictum. Quos praetor prohibet sine permissu suo vocari, quoniam aditus potuit permittere: patronos puta et parentes.*

D. 2. 4. 4. 1 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Praetor ait: «parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet».*

Gai. 4. 183: *Quasdam tamen personas sine permissu praetoris in ius vocare non licet, velut parentes patronos patronas, item liberos et parentes patroni patronaeve: et in eum, qui adversus ea egerit, poena constituitur.*

Da questi testi è, dunque, possibile notare l'esistenza di due categorie di persone¹⁰⁴, che potevano essere citate in giudizio solo dopo

¹⁰³ Anche I. 4. 16. 3.

¹⁰⁴ G. PUGLIESE, *Il processo cit.*, pagg. 371 ss.; A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 55 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria cit.*, pagg. 263 ss.

l'autorizzazione del pretore, e cioè quelle che rientrano nel termine "*parentem*" da un lato e quelle che si riferiscono all'espressione "*patronum patronam, liberos parentes patroni patronae*"¹⁰⁵.

Il Fernández Barreiro offre una meticolosa esposizione del significato di tali termini e, dunque, di quali soggetti rientrino in questi gruppi individuati da Ulpiano e Gaio¹⁰⁶.

Brevemente, in quanto al termine *parentes* pare non ci siano particolari dubbi esegetici, poiché vi rientrerebbero: secondo Ulpiano¹⁰⁷ gli ascendenti, senza distinzione di sesso, fino al *triavus*, tesi sostenuta anche da Paolo¹⁰⁸; per Gaio¹⁰⁹ tutti gli ascendenti fino all'infinito senza distinzione di grado. In realtà la disputa intorno al termine *parentes* non è molto rilevante ai fini della ricerca, perché nella pratica difficilmente si sarebbe presentato il caso di un ascendente superstite oltre il *triavus*. Naturalmente gli ascendenti sono legati tra loro da un vincolo di *cognatio*, da cui deriva l'esclusione, dalla previsione edittale, degli ascendenti per adozione, per i quali, quindi, non era necessario chiedere l'autorizzazione pretoria, con l'unica eccezione del padre adottivo che non poteva essere citato ma non a causa della previsione del pretore, bensì della mancanza di capacità dell'adottato¹¹⁰. Dalla lettura delle fonti¹¹¹ pare che il termine *parentes* si riferisca: in caso di ascendenti legittimi,

¹⁰⁵ La seconda categoria può a sua volta essere ulteriormente suddivisa in due sottocategorie, ossia i soggetti che si ricollegano ai termini *patronum patronam*, e quelli che invece sono *liberos parentes patroni patronae*.

¹⁰⁶ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria* cit., a cui si rimanda per una trattazione più completa ed esaustiva di tale tema. Lo stesso A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación* cit., dichiara di riportare fedelmente, nel suo scritto, l'analisi del FERNÁNDEZ BARREIRO.

¹⁰⁷ D. 2. 4. 4. 2 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹⁰⁸ D. 38. 10. 10. 7 (Paul. *l. sing. de grad. et adfin. et nom. eo.*).

¹⁰⁹ D. 50. 16. 51 (Gai. 23 *ad ed. prov.*).

¹¹⁰ D. 2. 4. 7 (Paul. 4 *ad ed.*); D. 2. 4. 8 pr. (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹¹¹ D. 2. 4. 7 (Paul. 4 *ad ed.*); D. 2. 4. 8 pr (Ulp. 5 *ad ed.*); D. 5. 1. 4 (Gai. 1 *ad ed. prov.*).

a tutti gli ascendenti cognatizi senza limitazioni di grado o sesso; in caso di ascendenti illegittimi, della sola *mater* e dei parenti naturali del *vocans* per linea materna senza distinzioni di sesso e grado.

Nell'espressione *patronum patronam* rientrerebbero le persone legate all'attore per vincolo di *patronatus*¹¹². Il patrono è l'antico proprietario di uno schiavo manomesso; il termine *patrona* non indica qui la moglie del patrono ma fa riferimento al caso in cui il *manumissor* fosse una donna¹¹³; inoltre, rientrerebbe nel concetto di *patronus* anche il soggetto che, incaricato tramite fedecompresso, alla morte del padrone del servo lo manometta¹¹⁴. Il vincolo di patronato poteva altresì sorgere anche per motivi diversi dalla manomissione: per esempio, nel caso di *collusio* relativa allo *status ingenuitatis* di un liberto, che sarebbe rimasto soggetto alla relazione di patronato nei confronti di colui che scoprì la collusione stessa.

Infine, le parole *liberos parentes patroni patronae* indicherebbero i discendenti e gli ascendenti del patrono/a che abbiano effettuato la *manumissio*, senza distinzione di sesso¹¹⁵ ma col limite del sesto grado¹¹⁶.

L'autorizzazione del pretore alla *in ius vocatio* era esclusa: quando si trattava di una *actio famosa*¹¹⁷, cioè portatrice di *infamia*¹¹⁸;

¹¹² D. 2. 4. 8. 1 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹¹³ D. 50. 16. 52 (Ulp. 61 *ad ed.*).

¹¹⁴ D. 2. 4. 9 (Paul. 4 *ad ed.*).

¹¹⁵ D. 2. 4. 10. 5 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹¹⁶ D. 2. 4. 10. 9 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹¹⁷ D. 2. 4. 10. 12 (Ulp. 5 *ad ed.*); D. 37. 15. 5 (Ulp. 10 *ad ed.*); C.I. 6. 6. 1 (Imp. Alexander, a. 223). Per un elenco delle *actiones famosae* D. 37. 15. 2 pr. (Iul. 14 *dig.*).

¹¹⁸ Esistevano, però, una serie di eccezioni alla regola generale del divieto di concessione dell'autorizzazione pretoria in caso di *actio famosa*. Esse si rintracciano in D. 2. 4. 10. 12 (Ulp. 5 *ad ed.*); D. 47. 10. 7. 2 (Ulp. 57 *ad ed.*)

in alcuni casi non rientranti nel novero delle azioni infamanti¹¹⁹; nell'ipotesi del procedimento interdittale¹²⁰.

Il fondamento dell'esclusione dell'autorizzazione pretoria alla *in ius vocatio*, in relazione ai casi di *patronatus* in generale, si basa sul concetto di *obsequium et reverentia*, espressione su cui esistono ancora problemi interpretativi.

E pare che proprio in virtù del vincolo di "onorabilità", preso a fondamento della negazione dell'autorizzazione da parte del pretore, fosse esperibile una *actio in factum*, modellata sull'*actio iniuriarum*, come sanzione per non aver rispettato l'ordine del magistrato¹²¹. La concessione di tale azione era sottomesso ad una previa *causae cognitio* da parte del *praetor*¹²², che avrebbe verificato l'inesistenza delle tre circostanze che impedivano l'esercizio dell'*actio in factum*.

Come accennato, se anche nella procedura formulare dalla *in ius vocatio* effettuata correttamente nasceva l'obbligo in capo al chiamato in giudizio di presentarsi dinanzi al magistrato, personalmente e immediatamente, tuttavia venne riconosciuta la possibilità al convenuto di realizzare una transazione ovvero, ed è quello che maggiormente interessa ai fini della presente analisi, di presentare un *vindex*¹²³.

¹¹⁹ D. 37. 15. 5. 1 (Ulp. 10 *ad ed.*) per il caso di dolo e frode; D. 37. 15. 6 (Paul. 11 *ad ed.*) e D. 37. 15. 7 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*) per quello di corruzione del servo; D. 37. 15. 7. 4 (Ulp. 10 *ad ed.*) per l'ipotesi di calunnia.

¹²⁰ D. 37. 15. 2. 1 (Iul. 14 *dig.*); D. 37. 15. 7. 2 (Paul. 10 *ad ed.*); D. 43. 16. 1. 43 (Ulp. 69 *ad ed.*). Rileva il GOMEZ- IGLESIAS CASAL che gli interdetti erano stati considerati dal LEVY come causa di esclusione dell'autorizzazione pretoria alla *in ius vocatio*, in quanto trovandosi alla fine della trattazione di una serie di altri mezzi processuali infamanti, avrebbero avuto lo stesso carattere. Tuttavia pare che tale tesi sia dovuta ad un errore di lettura.

¹²¹ D. 2. 4. 12 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 2. 4. 24 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹²² D. 2. 4. 11 (Paul. 5 *ad ed.*).

¹²³ D. 2. 4. 22. 1 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*).

All'esistenza della figura di questo garante nel processo *per formulas*, ai primi del '900 furono dedicati, con conclusioni discordanti, due importanti studi dello Schlossmann¹²⁴ e del Lenel¹²⁵. Il primo ritiene che le fonti facessero riferimento alla necessità di una *satisfactio* da parte del *vocatus*, cioè una promessa garantita da un terzo (che sarebbe il *fideiussor iudicio sistendi causa* del processo giustiniano)¹²⁶, e di conseguenza esclude l'esistenza del *vindex* nel processo formulare. Certo è che le fonti raramente menzionano il termine *vindex* in relazione alla *in ius vocatio* formulare, tant'è vero che nei *Digesta* si parla di *fideiussor iudicio sistendi causa*.

Il Lenel, d'altro canto, confuta la tesi dello Schlossmann seguito, in questo, dalla dottrina maggioritaria successiva.

Secondo il Lenel il termine *vindex* sarebbe stato sostituito nei *Digesta* dall'espressione *fideiussor iudicio sistendi causa*. A sostegno della sua tesi, egli apporta l'adattamento giustiniano della clausola editale *in ius vocati ut eant aut vindicem dent* per dare il titolo alla rubrica di D. 2. 6 "*in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent*", come sembrerebbe confermato dal rapporto di questa con Gai. 4. 26 che parla di una *actio in factum adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*.

È quindi plausibile che anche le regole citate nelle fonti in relazione al *fideiussor iudicio sistendi causa* siano state in origine relative al *vindex*.

¹²⁴ S. SCHLOSSMANN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS, 24 (1903), pagg. 279 ss.

¹²⁵ O. LENEL, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS, 25 (1904), pagg. 247 ss.

¹²⁶ G. PUGLIESE, *Il processo cit.*, pagg. 383 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El "vindex" cit.*, pagg. 809 ss.

Questi, dunque, per poter essere nominato dal *vocatus*, doveva avere una serie di requisiti.

Il primo è dato da:

D. 2. 6. 1 (Paul. 1 *ad ed.*): *Edicto cavetur, ut fideius-sor iudicio sistendi causa datus (vindex) pro rei qualitate locuples detur.*

Tale caratteristica, ossia l'essere *locuples*¹²⁷, era richiesta affinché il *vocans* non si vedesse defraudato nel caso di non comparizione del *vocatus* nel momento prestabilito.

Il secondo requisito è espresso da:

D. 2. 8. 2 pr. (Ulp. 5 *ad ed.*): *Fideiussor in iudicio sistendi causa (vindex) locuples videtur dari non tantum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facilitate.*

La *conveniendi facilitas* si riferisce al grado di facilità che presenta il *vindex* in ordine alla sua perseguibilità in giudizio, carattere che poteva essere influenzato da una condizione intrinseca della persona¹²⁸ ovvero da circostanze esterne¹²⁹.

Se l'attore avesse ritenuto che il *vindex* non fosse idoneo perché carente di uno o di entrambi i requisiti poteva rifiutarlo e chiedere la comparizione del *vocatus* ovvero si poteva ricorrere ad un arbitro che avrebbe deciso circa l'idoneità o meno del garante¹³⁰.

¹²⁷ Per la definizione di *locuples* si veda D. 50. 16. 234. 1 (Gai. 2 *ad leg. XII tab.*).

¹²⁸ D. 2. 8. 2. 1 (Paul. 14 *ad ed.*).

¹²⁹ D. 2. 5. 1 (Ulp. 1 *ad ed.*).

¹³⁰ D. 2. 8. 9 (Gai 5 *ad ed. prov.*); D. 2. 8. 10 pr. 10 pr. (Paul. 75 *ad ed.*).

Il regime relativo al *vindex* nella *in ius vocatio* prevede che l'attore debba, come regola generale, accettare come garante qualsiasi persona legata al chiamato in giudizio per vincolo di parentela o *patronatus*, la quale sarebbe stata condannata, in caso di mancato rispetto della garanzia, alla *poena* del pagamento di una somma predeterminata, che si poteva richiedere attraverso un'*actio in factum*¹³¹.

Quando, invece, l'attore avesse rifiutato un *vindex* idoneo, tale rifiuto era illecito e come tale sanzionato con un'*actio iniuriarum*¹³².

Una volta che il chiamato in giudizio aveva presentato il *vindex* e quest'ultimo era stato accettato dall'attore, nasceva in capo al garante l'obbligazione soggettiva di assicurare la comparizione del *vocatus* quando il pretore avesse fissato con decreto il *dies exhibitionis*¹³³.

Se non lo avesse fatto allora sarebbe stato condannato come descritto in:

D. 2. 8. 2. 5 (Ulp. 5 *ad ed.*): *In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor, quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus, et melius est ut in veram quantitatem fideiussor teneatur, nisi pro certa quantitate accessit.*

In relazione all'ammontare della pena, il Tafaro¹³⁴, seguito dal Gomez- Iglesias Casal, ritiene che la somma che il *vindex* sarebbe stato

¹³¹ D. 2. 8. 2. 2 (Ulp. 5 *ad ed.*).

¹³² D. 2. 8. 5. 1 (Gai. 1 *ad ed. prov.*).

¹³³ G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pag. 260.

¹³⁴ S. TAFARO, *Fideiussor iudicio sistendi causa*, in *Labeo*, 22 (1976), pagg. 246 ss.; ID., *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1980, pag. 251.

tenuto a pagare corrispondeva alla stessa per la quale il *vocatus* era stato citato.

Anche sulle conseguenze cui andava incontro il *vocatus* che rifiutava di comparire in giudizio e allo stesso tempo non dava un *vindex* la dottrina ha avuto un vivace dibattito.

L'azione, che il pretore concedeva contro il chiamato in giudizio che non si fosse presentato immediatamente dinanzi al magistrato, è un'*actio in factum*¹³⁵.

Esistono due riferimenti nelle fonti circa l'esistenza di questa azione. *In primis* ne fa menzione:

Gai. 4. 46: ...*ceterae quoque formulae, quae sub titulo DE IN IUS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit...*

La *poena* cui sarebbe andato incontro il *vocatus* sarebbe stata quella prevista nell'editto del pretore¹³⁶, dunque, l'*actio in factum* era anche una azione penale¹³⁷.

Tuttavia, tale azione non era automaticamente concessa dal pretore semplicemente dopo il rifiuto di comparire del *vocatus*, ma sembra fosse necessaria una previa *causae cognitio* da parte del magistrato che ne avrebbe verificato la procedibilità o meno.

¹³⁵ G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pagg. 252 ss.; A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 98 ss.

¹³⁶ Gai. 4. 183.

¹³⁷ O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und Edictcommentare*, in ZSS, 2 (1881), pagg. 22 ss.; F. L. VON KELLER, *Das Römische cit.*, pag. 232; G. PUGLIESE, *Il processo cit.*, pagg. 382 ss. Inoltre, il PUGLIESE evidenzia come questa *actio in factum* penale sia caratterizzata anche dall'intrasmissibilità all'erede del *vocatus* e, trattandosi di un'azione concessa dal pretore, dall'annualità.

Alla suddetta *causae cognitio* pare riferirsi:

D. 2. 5. 2. 1 (Paul. 1 *ad ed.*): *Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudici multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitate enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit.*

Bisogna innanzitutto ricordare che sulla genuinità di tale brano persistono ancora forti dubbi in dottrina, che ritiene altamente probabile la presenza di interpolazioni¹³⁸.

Ciò nonostante, l'espressione *ex causa* è ritenuta far riferimento alla previa *causae cognitio* del magistrato¹³⁹.

Lo stesso Paolo indica una serie di circostanze che avrebbero impedito l'*actio in factum*, ad esempio quella in cui il *vocans* non aveva interesse alla comparizione del *vocatus* perché si trattava di un *dies feriatus*. Altre ipotesi di improcedibilità sarebbero state: il caso in cui il *vocatus* avesse presentato un *vindex* idoneo; quello in cui le parti erano pervenute ad una transazione circa il momento della comparizione in giudizio; quello dove la comparizione non avveniva a causa di un terzo che la impedisce; il caso della *in ius vocatio* che non fosse stata effettuata correttamente (dunque in caso di citazione illecita); probabilmente anche, per analogia con la promessa di comparizione (cd. *vadimonium*), in casi di forza maggiore; infine, nell'ipotesi di un'azione reale, per la

¹³⁸ G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pagg. 255 ss.

¹³⁹ In tal senso sembra esprimersi R. MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria*, Milano, 1960, pagg. 101 ss.

quale sarebbe stata concessa l'*actio ad exhibendum* o l'*interdictum quem fundum*¹⁴⁰.

Questa elencazione, però, di sicuro non è esaustiva, dunque, come criterio generale si potrebbe affermare che per far sì che l'azione *in factum* sia procedibile è necessario un comportamento processuale doloso, in altre parole l'ingiustificato¹⁴¹ rifiuto del *vocatus* di comparire *in iure*¹⁴².

Un'altra questione riguardante questa particolare *actio in factum* è il rapporto tra essa e l'azione principale, su cui si è espresso in primo luogo il Pugliese, criticato successivamente dal Gomez- Iglesias Casal.

Il Pugliese, data l'assenza di fonti su questo aspetto, ritiene utilizzabili per analogia alcuni testi relativi al *vadimonium*¹⁴³, alla *missio in possessionem*¹⁴⁴, ed, infine, un testo sulla figura del *vindex* in cui sarebbe possibile rintracciare degli elementi interessanti. Il testo in questione è:

D. 2. 11. 10 pr. (Paul. 1 *ad Plaut.*): *Si eum iudicio sisti promiserò, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur: actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiretur.*

¹⁴⁰ Di tali particolari rimedi si tratterà successivamente, data la loro importanza circa la disciplina relativa all'*indefensio* nel processo *per formulas*.

¹⁴¹ Per il concetto di "ingiustificato" si vedano D. 2. 5. 2. 1 (Paul. 1 *ad ed.*) e D. 50. 17. 108 (Paul. 4 *ad ed.*).

¹⁴² A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pag. 100.

¹⁴³ D. 2. 11. 5. 1 (Paul 69 *ad ed.*); D. 2. 10. 2 (Paul. 1 *ad Plaut.*); D. 2. 2 pr. (Ulp. 74 *ad ed.*); D. 2. 15 (Pap. 2 *quaest.*).

¹⁴⁴ D. 42. 4. 7. 14 (Ulp. 59 *ad ed.*); D. 43. 4. 1. 5 (Ulp. 72 *ad ed.*).

Basandosi sulla testimonianza paolina, il Pugliese afferma che, nel caso in cui il *promissor* avesse assunto la difesa nell'azione principale, la condanna penale dell'*actio in factum* sarebbe rimasta sospesa fino alla sentenza di condanna dell'azione principale. Infatti, il pretore gli avrebbe concesso una *exceptio* o una *praescriptio* di modo che egli non avrebbe dovuto pagare la *summa vadimonii*, finquando non si fosse giunti alla sentenza di condanna nel processo principale¹⁴⁵.

Il Gomez- Iglesias Casal si mostra scettico nei confronti della tesi del Pugliese, in primo luogo perché il testo preso in esame dallo studioso sarebbe stata fortemente interpolato, come confermerebbe anche la dottrina maggioritaria. Inoltre, il comportamento ostruzionistico del *vocatus* nell'azione principale doveva essere sempre analizzato dal pretore nella *causae cognitio* dell'azione secondaria *in factum*, ma la condanna di quest'ultima non sarebbe mai dipesa dalla comparizione nel processo principale e dalla relativa sentenza di condanna¹⁴⁶. In tal modo si sarebbe, infatti, snaturata l'essenza stessa della *in ius vocatio* perché sarebbe stata concessa una seconda possibilità di comparizione in giudizio al *vocatus*, andando, per di più, contro un principio di economia processuale, perché, in caso di sentenza assolutoria nel processo principale, quello dell'*actio in factum* sarebbe rimasto senza contenuto.

Un altro punto su cui la dottrina si è trovata in disaccordo è quello rappresentato dalla pena prevista dall'*actio in factum*, e cioè se si tratti di una pena pecuniaria fissa o variabile.

¹⁴⁵ G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pagg. 256 ss.

¹⁴⁶ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pag. 101.

Per alcuni studiosi, quali il Pugliese, essa sarebbe variabile, per altri, quali il Rudorff, il Beseler, il De Martino e il Gomez- Iglesias Casal invece, sarebbe, invece, fissata a diecimila sesterzi. Il problema nasce dall'esegesi di un passo molto probabilmente interpolato:

D. 2. 5. 2. 1 (Paul. 1 *ad ed.*): *Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudici multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitate enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit.*

Il Pugliese, ad esempio, riteneva che ci fosse piena discrezionalità nella fissazione della pena, che variava in base alla classe del magistrato adito. Il Gomez- Iglesias Casal sembrerebbe di diverso avviso, in quanto propenderebbe per una pena fissa non graduabile (corrispondente a diecimila sesterzi), come conseguenza derivante dall'aver disobbedito all'editto del pretore¹⁴⁷.

Da quanto esposto fino a questo momento, è evidente che in caso di rifiuto del *vocans* di comparire *in iure*, gli interessi dell'attore non erano ancora pienamente difesi e soddisfatti, perché anche se fosse stata concessa l'*actio in factum* la somma prevista come condanna sarebbe stata generalmente inferiore a quella per cui si era intentata l'azione principale, e, inoltre, era molto probabile che il *vocatus* si sarebbe rifiutato di presentarsi in giudizio anche in questa azione penale, vanificandone dunque il ricorso.

¹⁴⁷ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pag. 103.

Quindi, l'unica soluzione possibile contro il chiamato in giudizio che decida di non comparire, sembra essere la *missio in bona*, uno dei mezzi complementari della giurisdizione pretoria.

Ancora una volta si contrappongono le visioni del Pugliese e del Gomez- Iglesias Casal.

Innanzitutto bisogna distinguere il caso in cui la *missio* venga effettuata nei confronti del *vocatus* che abbia offerto un *vindex* ovvero quando non vi abbia provveduto.

Nella prima ipotesi, l'unica notizia data dalle fonti si trova in:

D. 42. 4. 2 pr. (Ulp. 5 *ad ed.*): *Praetor ait: "in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri iubebo"*.

Su questo brano esistono molte interpretazioni dottrinali. Tra le più rilevanti si ricordano: quella dello Schlossmann, il quale ritiene che la *missio* venisse concessa non al *vocans* ma a colui che avesse garantito la comparizione in giudizio del *vocatus*¹⁴⁸; la tesi del Beseler per cui la *missio* si concedeva contro *qui vindicem non dedit*¹⁴⁹; quella dell'Aru, che addirittura sembrerebbe far riferimento alla promessa di comparizione e non al *vindex*¹⁵⁰; quella del Luzzatto¹⁵¹, che riteneva inesistente nella testimonianza ulpiana qualsiasi richiamo alla *missio*.

¹⁴⁸ S. SCHLOSSMANN, *Die Gestellungsbürgschaft im römischen Formularprozess*, in *Grünhut's Zeitschr.*, 32 (1905), pagg. 221 ss.

¹⁴⁹ G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen III*, Mohr, 1913, pagg. 2 e 202.

¹⁵⁰ L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934, pag. 66.

¹⁵¹ G. I. LUZZATTO, *Procedura...* cit., pagg. 22.

Tutte queste opinioni vengono criticate dal Pugliese per ragioni formali o di merito¹⁵², mentre pare condividere la tesi sostenuta dal Lenel in base alla quale la *missio in bona* sarebbe concessa al *vocans* contro il *vocatus* che abbia presentato un *vindex*¹⁵³. Il Pugliese, per giustificare la propria tesi, richiama le clausole sanzionanti il comportamento dell'*absens* e del *latitans* che sembrerebbero compatibili con la soluzione della questione della *missio*¹⁵⁴. In sintesi, oltre la normale funzione coattiva, il provvedimento pretorio avrebbe un carattere di protezione preventiva sul patrimonio del *vocatus* nel caso in cui il *vocans* voglia proseguire con l'azione principale senza agire nei confronti del garante, ovvero quando l'azione contro il *vindex* non avesse soddisfatto l'attore per l'assenza di quest'ultimo o per mancato rispetto della sentenza. In entrambi i casi, infatti, si potrà procedere alla vendita dei beni del chiamato in giudizio in quanto il fondamento è dato dalla clausola generale contro gli assenti.

Tale interpretazione viene duramente criticata dal Gomez- Iglesias Casal¹⁵⁵, il quale afferma che, laddove si accettasse quanto detto dal Pugliese, si snaturerebbe la natura stessa del *vindex*, perché quando il *vocans* avesse intentato contro questi una azione, il *vocatus* era liberato da qualsiasi responsabilità diretta, ed, inoltre, l'attore non avrebbe potuto agire processualmente contro di lui.

L'esistenza della clausola che prevede la *missio in bona* dei beni del *vocatus*, con conseguente *bonorum venditio*, avrebbe la sua ragion d'essere nel fatto che, se è vero che il chiamato in giudizio che avesse

¹⁵² G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pagg. 267 ss.

¹⁵³ O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, pag. 72.

¹⁵⁴ G. PUGLIESE, *Le voies cit.*, pagg. 275 ss.

¹⁵⁵ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 124 ss.

presentato un garante non possa essere considerato né *absens* né *latitans*, è pur vero che anche il *vindex* avrebbe potuto decidere di *se non defendere*, e dunque si doveva in ogni caso offrire all'attore un mezzo che gli avrebbe permesso di superare questa situazione d'empasse.

In quanto alla *missio* contro il *vocatus* che non sia comparso in giudizio né tantomeno abbia presentato un *vindex*, non esiste alcuna notizia documentata dalle fonti.

Secondo il Pugliese, la *missio*, in questo caso, deriverebbe dalle norme previste per sanzionare l'assenza. Dall'uguaglianza di regime non discenderebbe, in ogni caso, l'equiparazione tra il *vocatus* non comparso e l'*absens*¹⁵⁶.

Per il Gomez- Iglesias Casal, invece, in questa ipotesi si applicherebbe un'altra clausola, ossia quella che sanziona il comportamento dell'*indefensus*¹⁵⁷.

Su di un punto il Pugliese e il Gomez- Iglesias Casal sembrano essere d'accordo, e cioè che la *missio* poteva essere richiesta dall'attore subito dopo aver constatato il comportamento del *vocatus*, ancora prima di ricorrere all'*actio in factum* di cui si è parlato precedentemente.

Addirittura il Gomez- Iglesias Casal sembra congetturare un'ipotesi particolare¹⁵⁸: nei casi in cui la validità e la liceità della *in ius vocatio* non fossero completamente chiare, poteva accadere che il pretore richiedesse come requisito previo per l'autorizzazione alla *missio* che il *vocatus* fosse stato già condannato con l'*actio in factum*, perché in questo modo si sarebbe proceduto contro l'*indefensus*. Un'ulteriore argomentazione a favore di questa tesi sarebbe data dalla situazione in cui

¹⁵⁶ G. PUGLIESE, *Le voies de recours* cit., pagg. 269 ss.

¹⁵⁷ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación* cit., pagg. 125 ss.

¹⁵⁸ IBIDEM, *Citación* cit., pag. 126.

l'azione principale fosse un'*actio in rem*, e dunque, essendo l'*actio in factum* un'*actio in personam*, l'attore sarebbe stato giustificato a richiedere la *missio in bona* a causa dell'*indefensio* del *vocatus*.

CAPITOLO II

LA CONTUMACIA NELLA *COGNITIO EXTRA ORDINEM*

1. Modi di citazione nella *cognitio extra ordinem*- 2. Significati del termine *contumacia* nelle fonti romane- 3. Il processo civile contumaciale- 3. 1 La *contumacia* del convenuto- 3. 2 La *contumacia* dell'attore- 4. Il processo civile contumaciale nell'epoca di Giustiniano- 4. 1 La *contumacia* del convenuto in diritto giustiniano- 4. 2 La *contumacia* dell'attore in diritto giustiniano- 5. La sentenza contumaciale e il "divieto" di *appellatio*

1. Modi di citazione nella *cognitio extra ordinem*¹⁵⁹

Con l'introduzione del regime della *cognitio extra ordinem* l'ingerenza del potere pubblico, in particolare del *princeps*, comincia ad essere sempre più evidente, sin dagli atti introduttivi della controversia, prima riservati alla sola autonomia privata¹⁶⁰.

E proprio il regime delle citazioni subisce una serie di cambiamenti nel corso degli anni, dall'epoca classica a quella postclassica. Gli strumenti utilizzabili per chiamare un soggetto in giudizio, infatti, non rimangono sempre gli stessi ma vengono di volta in volta sostituiti sulla base delle costituzioni imperiali.

L'intervento statale, si vedrà, è fondamentale per capire quale fosse il regime in caso di mancata comparizione della parte in giudizio.

Nell'epoca classica esistevano essenzialmente due metodi di citazione. Innanzitutto vi era la *denuntiatio*, un atto di natura privata che prevedeva, dunque, che chi volesse iniziare una controversia dovesse farsi carico di tutti gli atti di impulso, partendo dalla redazione della stessa citazione fino alla sua notifica; di solito questa citazione avveniva oralmente, ma poi si redigeva un verbale, la *testatio*¹⁶¹, che testimoniava l'avvenuta citazione e il suo contenuto

¹⁵⁹ Si utilizza il termine "modi" poiché nel sistema della *cognitio extra ordinem* non esisteva più un'unica forma di citazione come la *in ius vocatio* nei processi di cognizione ordinaria, per cui è sembrato opportuno procedere ad un'analisi di queste varie modalità considerandole anche nella loro evoluzione storica.

¹⁶⁰ O. E. HARTMANN, *Über das cit.*, pagg. 146 ss.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische cit.*, pagg. 234 ss.; T. KIPP, *Die litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römische Civilprozess*, Lipsia, 1887, pagg. 184 ss.; A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, Monaco di Baviera, 1914; A. GIFFARD, *Leçons sur la procédure civile romaine*, Parigi, 1932, pagg. 180 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa cit.*, pagg. 296 ss.; G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 187 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, pagg. 69 ss.

¹⁶¹ D. 50. 16. 39 (Paul. 53 *ad ed.*); D. 50. 16. 40 (Ulp. 56 *ad ed.*).

C'era, poi, la cosiddetta *evocatio*, che si configura come un atto avente carattere pubblico perché qualsiasi attività era svolta dall'ufficio giurisdizionale cui l'attore avesse fatto ricorso tramite una *postulatio*.

Sembrerebbe, però, essere esistita una terza forma di citazione a metà strada tra quella privata e quella ufficiale, la cosiddetta *denuntiatio ex auctoritate*, come testimoniano varie fonti¹⁶².

Il procedimento parrebbe prevedere, secondo l'opinione maggioritaria, che l'attore richiedesse al magistrato l'autorizzazione per citare la controparte provvedendo, poi, a notificargliela personalmente¹⁶³; quindi si tratterebbe di una citazione a carattere semiufficiale.

Tuttavia la dottrina presenta dei pareri discordanti su questo particolare metodo di chiamata in giudizio.

Il Filomusi Guelfi ritiene che la *denuntiatio* potesse assumere forme diverse dalla *littera*¹⁶⁴; il Baron, il Kipp e il Boyé ritengono si tratti di una vera e propria citazione che si affiancherebbe alle *litterae* e agli *edicta*, e questa tesi sarebbe quella appoggiata anche dallo Steinwenter¹⁶⁵; il Wlassak la considera come unica forma possibile di *denuntiatio*, seguito dal Collinet¹⁶⁶; l'Aru ritiene che in questa forma di citazione si possa rintracciare la *evocatio litteris*; il Talamanca sembra-

¹⁶² D. 16. 3. 5. 2 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 39. 2. 4. 5 (Ulp. 1 *ad ed.*); Frag. Vat. 156 e 167.

¹⁶³ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 74.

¹⁶⁴ L. ARU, *Il processo cit.*, pagg. 112 ss.; F. FILOMUSI GUELFI, *Il processo cit.*, pag. 60.

¹⁶⁵ J. BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess. III. Der Denuntiationprozess*, Berlino, 1887, pagg. 43 ss.; T. KIPP, *Die Prozesseileitung durch Litisdenuntiation und die dilation instrumentorum causa*, in *Festschrift Windscheid*, Halle (1889), pagg. 98; A. J. BOYÉ, *La denuntiatio introductive d'instance sous le principat*, Bordeaux, 1922, pag. 207; A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pagg. 17 ss.

¹⁶⁶ M. WLASSAK, *Zum römischen Provincialprozess*, in *SB. Akad. Wiss. Wien, philol.-hist. Kl.*, 190. 4 (1919), pag. 38 nt. 7; P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Parigi, 1932, pagg. 127, 224 e 380 ss.

rebbe rintracciare nella παραγγελία provinciale le origini di questa *denuntiatio* che consisterebbe in un atto scritto notificato dall'autorità statale, che poteva anche non necessariamente coincidere con quella a cui si era ricorsi¹⁶⁷; il Kaser, infine, afferma “*Andernfalls muss amtlicher Zwang hinzutreten, etwa dadurch, dass die private Ladung durch einen gerichtlichen Folgebefehl verstärkt wird*”, ritenendo, dunque, si tratti di un atto privato che acquista maggiore efficacia e forza a seguito dell'ordine dato dal magistrato¹⁶⁸.

In quanto all'*evocatio*, i modi attraverso cui poteva essere realizzata sono tre, *denuntiationibus, litteris ed edictis*.

Secondo il Wlassak, ripreso poi dall'Aru, questa distinzione deriva dall'intensità dell'intervento statale nella citazione¹⁶⁹, per cui la *evocatio edictis* rappresenterebbe quella dove l'autorità pubblica aveva maggiore peso, a tal punto da potersi parlare di “mero atto di autorità”¹⁷⁰. Il magistrato del luogo ove fosse situato il domicilio del convenuto interveniva con dei pubblici proclami, sostituendosi praticamente all'attore; ed è probabile che questo tipo di *evocatio* fosse il meno utilizzato nella prassi, come più volte ha rilevato la dottrina¹⁷¹, anzi, per lo Steinwenter la citazione tramite editto avrebbe avviato il processo contumaciale solamente nelle controversie fiscali e in quelle riguardanti la tutela e la libertà¹⁷², discostandosi in questa sua interpretazione da quella del Kaser che invece vi attribuiva una portata più ampia¹⁷³.

¹⁶⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, pagg. 365 ss.

¹⁶⁸ M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 473 ss.

¹⁶⁹ M. WLASSAK, *Zum römischen cit.*, pag. 38 nt. 7; L. ARU, *Il processo cit.*, pagg. 144 ss.

¹⁷⁰ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 75.

¹⁷¹ Per tutti si vedano U. SCIALOJA, *Procedura cit.*, pag. 263; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit.*, pag. 151.

¹⁷² A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pagg. 34 ss.

¹⁷³ M. KASER, *Das römische cit.*, pag. 473.

Qualora si fosse trattato di una *evocatio litteris*, l'attore, appunto, con una specifica *littera* chiedeva al magistrato di provvedere a trasmettere e notificare la propria citazione al convenuto.

Infine, la *evocatio denuntiationibus* avrebbe avuto carattere privato e pare sia stata frequentemente usata nelle controversie nei territori delle province.

Un ulteriore criterio, ravvisato da una parte della dottrina per spiegare questa tripartizione delle forme di citazione, sarebbe quello del luogo dove il convenuto si trovava¹⁷⁴.

Seguendo tale impostazione, la *evocatio* sarebbe avvenuta *denuntiationibus* qualora il convenuto fosse stato residente nel luogo dove si sarebbe poi svolto il processo, tramite *litterae* quando non lo fosse e per editto nell'ipotesi in cui era impossibile sapere quale fosse il suo domicilio o la sua residenza.

Comunque, il fine principale di tutti e tre i modi di realizzazione dell'*evocatio* era assicurarsi che il convenuto venisse a conoscenza della citazione da parte dell'attore, elemento fondamentale per procedere, a seconda dei casi, alla dichiarazione di contumacia di cui si parlerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

Da quanto prima esposto, allora, è facilmente comprensibile che non esistessero particolari problemi quando il domicilio o la residenza del convenuto fossero note, mentre molte perplessità nascevano quando non lo fossero, ossia nel caso in cui fosse stata utilizzata una *evocatio edictis*.

¹⁷⁴ T. KIPP, *Die Litidenuntiation* cit., pagg. 118 ss. A. J. BOYÉ, *La denuntiatio* cit., pagg. 167.

Secondo la testimonianza di Ermogeniano e Ulpiano gli editti¹⁷⁵ erano affissi in luogo pubblico in quanto soggetti a *propositio*¹⁷⁶.

Tuttavia si può ben notare che l'affissione non era una modalità idonea a far sì che il convenuto venisse sicuramente a conoscenza della citazione a suo carico, perché poteva essere residente altrove e dunque irreperibile, per cui è facilmente constatabile che questo metodo non fosse efficace e utile¹⁷⁷.

Pare, però, che solo la *evocatio edictis* rappresentasse, quando inevasa, l'unica presupposto valido per procedere alla dichiarazione di contumacia del convenuto con le relative conseguenze processuali, poiché, come nota la Bellodi Ansaloni, è difficile immaginare che il processo contumaciale avrebbe preso il via dalle citazioni private o semiufficiali, dato che era in ogni caso necessario “il passaggio attraverso lo *ius dicens*”¹⁷⁸.

Nel periodo classico il problema appena illustrato era risolto, qualora la citazione ordinaria non avesse raggiunto il proprio scopo, tramite l’emanazione di un appostio editto, il cosiddetto *edictum peremptorium*, il cui significato viene spiegato da Ulpiano in D. 5. 1. 70.

Tale editto fungeva da ultimo avviso nei confronti del convenuto, la cui *tergiversatio* non sarebbe stata ulteriormente tollerata, per cui o doveva rispondere alla citazione ovvero poteva continuare con la sua condotta, decidendo, in questo modo, di subirne le conseguenze.

Quando si fosse verificata l’ipotesi che il convenuto non avesse risposto alla citazione, allora ben si comprende che l’editto in esame

¹⁷⁵ Anche l’*edictum peremptorium*.

¹⁷⁶ D. 42. 1. 53. 1 (Ermog. 1 *epit.*); D. 5. 1. 70 (Ulp. 8 *disp.*).

¹⁷⁷ A. STEINWENTER, *Studien* cit., pagg. 35 ss.; G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 188 ss.

¹⁷⁸ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pagg. 77 e 78.

avevo una duplice funzione, e cioè di valutare da un lato l'assenza del convenuto come segno di disprezzo nei confronti dell'autorità, dall'altro confermando la volontarietà del comportamento di questi, e, secondo la lettura data dal Provera, sarebbe stato possibile parlare in questo caso addirittura di contumacia intesa come illecito¹⁷⁹.

L'emanazione dell'editto perentorio avveniva a seguito di una triplice citazione andata a vuoto, sia essa stata effettuata *denuntiatiōibus, litteris o edictis*.

Sempre Ulpiano ricostruisce l'iter attraverso cui si giunge all'*edictum peremptorium*¹⁸⁰.

Innanzitutto l'attore, se il convenuto non compariva in giudizio, doveva ripetere nuovamente la citazione tramite un primo editto, dopodiché, trascorsi dieci giorni poteva agire con un secondo e dopo altri dieci giorni col terzo. Una volta affissi gli *edicta* in luogo pubblico avrebbe dovuto chiedere l'*edictum peremptorium*, dove il giudice intimava al convenuto che il processo sarebbe comunque iniziato anche in sua assenza e, dunque, ci sarebbe stata l'emissione di una *sententia*.

Una particolarità del potere del giudice era che poteva stabilire discrezionalmente di emanare l'editto anche dopo due soli *edicta*, o uno soltanto ovvero immediatamente (anche se probabilmente nel regime classico questo meccanismo era attivabile quasi sempre soltanto dopo tre editti evasi).

¹⁷⁹ G. PROVERA, *Il principio* cit. pag. 185 nt. 6.

¹⁸⁰ D. 5. 1. 68 (Ulp. 8 *disp.*); D. 5. 1. 69 (Ulp. 4 *de omn. trib.*); D. 5. 1. 70 (Ulp. 8 *disp.*); D. 5. 1. 71 (Ulp. 4 *de omn. trib.*); D. 5. 1. 72 (Ulp. 8 *disp.*); D. 5. 1. 73 pr. (Ulp. 4 *de omn. trib.*).

Chiaramente la discrezionalità del giudice doveva tener conto anche della condotta del convenuto nel momento in cui riceveva la citazione, perché proprio questa valutazione risulta fondamentale per la dichiarazione della contumacia.

Su questo punto le fonti non indicano un comportamento specifico che il convenuto avrebbe dovuto adottare dinanzi alla citazione, spesso, infatti, esse fanno riferimento ad un generico *respondere*¹⁸¹. Per il Wenger era sufficiente che il *vocatus* inviasse una risposta di comparizione, non necessariamente dettagliata, all'ufficio competente adito e tale risposta sarebbe consistita in una sorta di opposizione, sebbene solo formalmente, a quanto affermato dall'attore, ovvero poteva anche trattarsi di una semplice dichiarazione in cui affermava di essere a conoscenza del processo¹⁸².

Il Martini ricorda una costituzione di Gordiano¹⁸³, dove l'imperatore si occupa della legittimità di una sentenza pronunciata in contumacia contro un soggetto che era ricorso al suo intervento in quanto contestava di non aver ricevuto l'intimazione a comparire tramite *edictum peremptorium*; Gordiano, allora, risponde che, anche in assenza di tale editto nei confronti degli *admoniti* che comunque non si siano presentati in giudizio, il giudice potrà emettere la sentenza di merito¹⁸⁴.

La Bellodi Ansaloni si spinge ancora oltre affermando che il *respondere* indicherebbe qualsiasi condotta concreta, formale e informale, che manifesti in maniera chiara la volontà di non voler comparire

¹⁸¹ D. 5. 1. 73 pr. (Ulp. 4 *de omn. trib.*); D. 4. 1. 7 pr. (Marcel. 3 *dig.*).

¹⁸² L. WENGER, *Istituzioni* cit., pag. 281 nt. 43.

¹⁸³ C.I. 7. 43. 2 (Imp. Gord. a. 238).

¹⁸⁴ R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto "appello dell'assente"*, in *AG*, 29 (1961), pagg. 35 ss.

in giudizio, addirittura la stessa mancata presenza senza previa comunicazione rientrerebbe nelle ipotesi di “risposta”¹⁸⁵.

Dunque anche la semplice *admonitio*, ossia un avvertimento informale, era idonea a citare in giudizio un soggetto e a giustificare la dichiarazione di contumacia e la prosecuzione del processo fino al provvedimento di merito del giudice.

Quindi sembra che, sebbene l’editto perentorio abbia una certa rilevanza, l’elemento fondamentale che doveva essere valutato dal pubblico ufficiale per dichiarare lo stato di contumacia di una parte era la conoscenza del processo attraverso qualsivoglia modalità, senza dubbio seguita poi dalla mancata comparizione volontaria¹⁸⁶.

E dunque, da quanto affermato dalla dottrina, si può dedurre che era possibile procedere col processo contumaciale anche in assenza di citazione mediante *edictum peremptorium*, che in alcuni casi, come ricorda il giurista Paolo, non era ammissibile nei confronti di alcune categorie di soggetto, quali i pupilli *indefensi*, gli assenti *rei publicae causa* e i minori di venticinque anni¹⁸⁷.

I metodi di citazione nella *cognitio extra ordinem* iniziano a subire notevoli mutamenti nel periodo in cui operava ancora Ulpiano.

Questi¹⁸⁸, seguito poi da Paolo¹⁸⁹, testimoniarebbe l’unificazione del meccanismo della triplice citazione editale e quello dell’*edictum*

¹⁸⁵ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 85.

¹⁸⁶ A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pagg. 48 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 87. D. 49. 14. 2. 3-4 (Call. 2 *de iure fisci*); D. 49. 14. 15. 2 (Maur. 3 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 49. 14. 42. 1 (Val. 5 *fid.*); D. 5. 1. 55 pr. (Ulp. *l. sing. off. ads.*); D. 42. 1. 59. 3 (Ulp. 4 *de omn. trib.*).

¹⁸⁷ Di queste particolari categorie e delle conseguenze della loro mancata comparizione in giudizio si tratterà in maniera più dettagliata nella parte successiva della presente analisi.

¹⁸⁸ In particolare i frammenti D. 5. 1. 68- 73.

¹⁸⁹ *Paul. Sent.* 5. 5°. 6.

peremptorium, che non seguirebbe più ai primi tre rimasti inevasi ma sarebbe un modo eccezionale di citazione che a questi va a sostituirsi.

Sono d'ausilio, nello stesso senso, due costituzioni di Diocleziano e Massimiano¹⁹⁰, che sanciscono l'avvenuta equiparazione tra le modalità di citazione ufficiale e quelle private, per cui *edicta*, *litterae* e *denuntiationes* hanno la stessa idoneità ed efficacia a dare inizio ad un processo che, qualora la parte chiamata non compaia in giudizio, proseguirà come processo contumaciale.

La prima stabilisce che il processo contumaciale possa iniziare o con una tripla citazione *litteris* ovvero subito attraverso l'editto perentorio. Ci sono state molte discussioni filologiche sull'esegesi del brano in questione, ma considerando anche l'intera legislazione diocleziana sembrerebbe che l'equiparazione tra i vari metodi di citazione fosse ormai consolidata nella prassi.

Nell'altra sembrerebbe essere confermata l'ipotesi della totale idoneità delle *litterae* quale mezzo di citazione utile a far dichiarare la contumacia del chiamato in giudizio. In particolare in questo provvedimento, riguardante le province, si afferma che quando il preside precedente non avesse completato la triplice citazione *litteris*, solo in quel caso il suo successore avrebbe dovuto ricominciare dal principio citando per tre volte il convenuto.

In quanto, poi, alla *denuntiatio*, il mezzo di citazione avente carattere maggiormente privato, nella costituzione diocleziana appena ricordata si nota una vera e propria innovazione, perché si dichiara espressamente che anche questa forma è assolutamente idonea a dare inizio al processo contumaciale; infatti, gli imperatori affermano che la

¹⁹⁰ C.I. 7. 43. 8-9 (Impp. Diocl. et Max. a. 290).

triplice *denuntiatio* può validamente sostituire l'*edictum peremptorium*, assumendo, dunque, pari dignità rispetto agli *edicta* e alle *litterae*.

E quindi, sembra essere confermata la tesi per cui l'editto peremptorio ha assunto ormai le caratteristiche di un mezzo di citazione eccezionale, utilizzabile solo in casi particolari.

La stessa visione sembra essere presentata da Ermogeniano¹⁹¹, che, nel momento in cui propone la definizione di *contumax* "*contumax est...qui...evocatus praesentiam suam facere contemnit*", attribuisce particolare valore al termine *evocatus* che simboleggerebbe l'ufficialità della citazione, che sia essa avvenuta *edictis*, *litteris* o *denuntiationibus*, poiché tutte queste forme era totalmente quiparate dal punto di vista giuridico.

Ulteriori innovazioni si registrano all'inizio del IV d. C.

Molto importante è a tal proposito una costituzione di Costantino riportata in C. Th. 2. 4. 2¹⁹², che stabilisce che l'unico mezzo idoneo di citazione è la *litis denuntiatio*, mentre viene abolita la *testatio* privata.

¹⁹¹ D. 42. 1. 53. 1 (Herm. 1 *iur. epit.*).

¹⁹² Sulla *denuntiatio* cui fa riferimento tale costituzione costantiniana, L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 100 ss., ricostruisce gli orientamenti dottrinali partendo da O. E. HARTMANN, *Über das* cit., pagg. 146 ss., per il quale si tratterebbe di una *denuntiatio* ufficiale già utilizzata e diffusa prima della costituzione di Costantino. Per K. WIEDING, *Der justinianische Libellprozess*, Vienna, 1865, pagg. 565 ss., si doveva riconoscere carattere solo privata a tale *denuntiatio*, accostandola addirittura alla *in ius vocatio* in età repubblicana. Il M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische* cit., pag. 773 nt. 90, ritiene si tratti, come l'HARTMANN, di una citazione avente carattere ufficiale, alla pari delle *litterae* e degli *edicta*. Il T. KIPP, *Die Litisdenuntiation* cit., pagg. 107 ss., critica la concezione del WIEDING, affermando che le uniche forme di citazioni che realmente introducono una istanza sono solo *litterae*, *edicta* e *denuntiationes*, tutte aventi carattere ufficiale e mai precedute da una *denuntiatio* privata. J. BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess* cit., pagg. 52 ss., riconosce l'esistenza di una *denuntiatio* privata preventiva, che intitola *denuntiatio suo nomine*, avente carattere privato. A. STEINWENTER, *Studien* cit., pag. 47, riallaccia alla *denuntiatio* privata, che nel periodo del principato di accostava a quella emanata dal magistrato, le origini della *denuntiatio* dell'intervento costantiniano. M. WLASSAK, *Zum römischen* cit., pagg. 38 ss., propone una teoria particolare secondo la quale tale *denuntiatio* avrebbe valore semi-ufficiale. Infine A. J. BOYÉ, *La denuntiatio* cit., pagg. 188 ss., si riallaccia alla interpretazione del WLASSAK, affermando, però, che accanto alla *denuntiatio* semi-ufficiale esistesse anche sempre quella ufficiale.

E' utile ricordare che spesso nelle fonti si fa riferimento alla *litis denuntiatio* attraverso altre espressioni, ad esempio in alcune costituzioni¹⁹³ sempre risalenti all'età costantiniana ci si riferisce a questo atto introduttivo con le parole *litis contestatio*.

Secondo il Cervenca e il Raggi, che riprendono spunti del Di Paola, questa confusione terminologica, tra *contestatio* e *denuntiatio* sarebbe dovuto alla prassi ormai sviluppata nell'epoca postclassica, nella quale la prima non rappresentava più l'accordo tra le parti bensì la *narratio* dell'attore e la *responsio* del convenuto, quindi la definizione dei termini e degli estremi della controversia dinanzi al giudice¹⁹⁴. La lettura della De Marini Avonzo va oltre le tesi appena proposte, ritenendo che *litis contestatio* rappresenterebbe ora l'atto unilaterale con cui si richiedeva l'avvio del processo¹⁹⁵.

Molto probabilmente, come spesso rilevato dalla dottrina, questa evoluzione relativa all'atto introduttivo del processo deriverebbe dalla prassi delle province.

Questa origine provinciale della *litis denuntiatio* sembrerebbe confermata da una serie di papiri in cui si rinvencono dei verbali di alcuni processi. La Bellodi Ansaloni richiama in particolar modo il brano presente in *P. Oxy 3759*, risalente al 325, dove si rinviene un verbale di un processo contumaciale che aveva avuto luogo dinanzi al *curator* delegato dal prefetto d'Egitto¹⁹⁶. In questo brano sarebbe possibile ravvisare uno dei tratti fondamentali della procedura in contumacia, e cioè la

¹⁹³ C. Th. 2. 16 pr. (Const. A. 315 [319]); C.I. 3. 13. 4 (Const. a. 331).

¹⁹⁴ G. CERVENCA, *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*, Milano, 1965, pagg. 128 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, pag. 83 nt. 52.; S. DI PAOLA, *La "litis contestatio" nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, in *Annali Catania*, 2 (1948), pagg. 253 ss.

¹⁹⁵ F. DE MARINI AVONZO, *L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in *Studi Urbinati*, 34 (1965-66), pagg. 206 ss.

¹⁹⁶ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 100.

totale discrezionalità nel giudice circa l'emissione della sentenza, che poteva anche non essere necessariamente di condanna.

Dunque, la *litis denuntiatio* di Costantino non sarebbe altro che il riconoscimento della prassi, poiché si trattava del metodo di citazione utilizzato maggiormente, in quanto meno dispendioso dal punto di vista dell'economia processuale. Per di più si potrebbe considerare come una commistione tra la citazione privata e l'intervento statale. Infatti, in quanto alla sua forma e struttura, doveva essere redatto un *libellus* da parte dell'attore, in cui veniva evidenziati i motivi per cui questi avesse deciso di procedere contro il convenuto; poi, era necessario che il pubblico ufficiale¹⁹⁷ desse la propria autorizzazione a seguito della quale l'attore poteva notificare la citazione al convenuto. Si è prima detto che la *testatio* viene abolita in questo periodo, e ciò accade perché era obbligatorio registrare la citazione in giudizio *apud acta*. E' proprio l'autorizzazione del pubblico ufficiale a connotare come pubblico un atto di introduzione della lite nato come privato, e questo è un elemento importantissimo perché nel caso di mancata comparizione tale comportamento di "disprezzo" era indirizzato non più all'attore quanto al giudice.

Ritornando a C. Th. 2. 4. 2, si nota che Costantino prevede che la *denuntiatio* vada scritta dinanzi al giudice o dinanzi ad un pubblico ufficiale dotato del *ius actorum conficiendorum*, affinché la citazione venisse messa agli atti certificandone la regolarità.

Infatti, l'intervento statale rappresenterebbe una garanzia non soltanto per l'attore ma per il convenuto stesso, dato che in questo modo

¹⁹⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., pag. 151, ritiene che il pubblico ufficiale soltanto in epoca più tarda coinciderebbe con il giudice chiamato ad esprimersi sulla controversia.

era possibile capire se l'attore stesse agendo in maniera corretta nella redazione della citazione.

Tuttavia, la notifica pare non essere un compito del pubblico ufficiale, perché sembra sufficiente la partecipazione di quest'ultimo nel momento della redazione per assicurare la pubblicità dell'atto e della procedura stessa; è opinione condivisa in dottrina che la notifica era effettuata dall'attore¹⁹⁸.

Dopo di essa le parti avevano un termine di quattro mesi per comparire dinanzi al giudice adito¹⁹⁹; se una delle parti non si fosse presentata nel termine dell'ultimo *dies legitimus*, era possibile richiedere direttamente all'imperatore una *reparatio temporum*, una specie di rimesse in termini che poteva essere concessa soltanto quando la parte assente avesse provato sufficientemente che la mancata comparizione fosse giustificata *necessitate vel casu*.

Brevemente, tale *reparatio* sembra limitarsi a due ambiti, quello delle *denuntiationes* e quello dell'*appellatio*, rintracciabili entrambi nel Codice Teodosiano sotto i titoli 2. 6 (*de temporum cursu et reparationibus denuntiationum*) e 11. 31 (*de reparationibus appellationum*)²⁰⁰.

La *reparatio* è, quindi, una procedura tipica del IV secolo, e alcune costituzioni che ad essa fanno riferimento verranno in seguito ripreso dai compilatori giustiniane, anche se la *reparatio denuntiationum* scomparirà del tutto, al contrario della *reparatio appellationum* che si ritrova anche in C.I. 7. 63.

¹⁹⁸ L. WENGER, *Istituzioni* cit., pagg. 271 ss. Contra M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., pagg. 373 ss., che ritiene, invece, che la notifica era un onere di un *exsecutor* dell'ufficio del giudice adito.

¹⁹⁹ C. Th. 2. 6. 1 (Imp. Const.).

²⁰⁰ H. LEGOHÉREL, *Reparatio temporum*, in *IURA*, 16 (1965¹), pagg. 76 ss.

Sempre secondo il Legohérel la *reparatio denuntiationum* testimonierebbe che la *litis denuntiatio* fosse il metodo generale di citazione già a partire dal 316, quindi prima della costituzione di Costantino riportata in C. Th. 2. 4. 2, risalente al 322.

Il 316 è, infatti, l'anno in cui viene emessa la costituzione, sempre constantiniana, in C. Th. 2. 6. 1, che istituisce tale metodo di rinnovo dei termini per quanto concerne le *denuntiationes*.

La *reparatio appellationum*, invece, si ricollega a quella che sarà la principale via di ricorso nella *cognitio extra ordinem*, ossia l'*appellatio*, già prevista in età augustea ma come rimedio straordinario. Solo successivamente venne considerata mezzo ordinario di revisione della sentenza, a partire da due costituzioni del 313 e del 331, di cui sono pervenuti solo alcuni frammenti²⁰¹. La *reparatio appellationum* viene istituita successivamente da Valentiniano I e Valente nel 364²⁰² e, pur presentando alcune affinità con la *reparatio denuntiationibus*, presenta delle differenze nel procedimento, *in primis* non è qui necessario provare l'esistenza del *casus vel necessitas*, e poi la possibilità di una seconda *reparatio*. Tali caratteristiche fecero sì che questo istituto si diffondesse rapidamente, a tal punto da richiedere una ulteriore regolamentazioni che si ebbe con altre quattro costituzioni²⁰³.

A queste costituzioni ne seguono successivamente delle altre che apportano delle modifiche al regime della *reparatio appellationum*²⁰⁴.

²⁰¹ Riferimenti alla costituzione del 313 si ritrovano in: C. Th. 9. 40. 1; C. Th. 11. 36. 1; C. Th. 40. 30. 2. Della costituzione del 331 abbiamo solo notizie parziali rintracciabili in: C. Th. 3. 19. 2; C. Th. 11. 30. 16- 17; C. Th. 11. 34. 1.

²⁰² C. Th. 11. 31. 1.

²⁰³ Le quattro costituzioni vennero promulgate, sempre da Valentiniano e Valente, nel biennio 369-370, e precisamente sono riportate in: C. Th. 11. 31. 3; C. Th. 11. 31. 4; C. Th. 11. 31. 5; C. Th. 11. 31. 6.

²⁰⁴ Per una trattazione più esaustiva sul tema si veda H. LEGOHÉREL, *Reparatio* cit., pagg. 98 ss.

Se l'imperatore avesse accettato di concedere la rimessione in termini, le parti avrebbero avuto un ulteriore termine di quattro mesi per presentarsi in giudizio, quattro mesi che decorrerebbero, secondo l'opinione prevalentemente accolta²⁰⁵, dalla citazione del convenuto, anche se bisogna ricordare che nelle fonti non esiste una testimonianza diretta in tal senso.

A partire dalla metà del V secolo, però, la citazione attraverso le *denuntiationes* scompare per dare posto alla procedura *per libellum conventionis*²⁰⁶, tipica del periodo giustiniano.

Il procedimento inizia con la consegna del *libellus* (un documento scritto redatto dall'attore) in originale e in copia al giudice competente adito. Attraverso una *postulatio simplex* l'attore richiede al giudice la promozione del processo, non rivolgendosi più, dunque, direttamente al convenuto. In particolare la richiesta dell'attore è quella di notificare ufficialmente la citazione alla controparte. L'attore assume su di sé la responsabilità dell'attacco nei confronti del convenuto obbligandosi, tramite garanzia o giuramento, di procedere alla *litis contestatio* nel termine di due mesi e di continuare a partecipare attivamente al processo sino alla sentenza, e, nel caso in cui venisse dichiarato soccombente, di pagare le spese processuali. Una volta che il giudice avesse ammesso l'istanza, veniva emesso un decreto nel quale si stabiliva che tale istanza dovesse essere notificata, a mezzo di un *exsecutor* (ausiliario del funzionario competente) al convenuto e che la citazione dovesse contenere l'intimazione a comparire entro un determinato termine.

²⁰⁵ T. KIPP, *Die Litisdenuntiatio* cit., pagg. 227 ss.; M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 569.

²⁰⁶ *Ibidem*, pagg. 570 ss.

Immediatamente dopo la notifica, il convenuto seduta stante doveva pagare le *sportulae* e confermare di aver ricevuto l'istanza dichiarando quale condotta avrebbe assunto, e questa sua dichiarazione era contenuta nei *libelli contradictorii*; inoltre, avrebbe dovuto prestare anche una *cautio iudicio sisti* ²⁰⁷(che coincideva con una garanzia reale ovvero, nel caso di *illustres*, con un giuramento), altrimenti sarebbe stato sottoposto alla sorveglianza dell'*exsecutor* per tutta la durata del procedimento. Tra la notifica e il primo giorno utile per la comparizione dovevano intercorrere almeno dieci giorni, e poi, con le innovazioni introdotte dalle *Novellae*, il termine si allungò fino a venti²⁰⁸.

Ed è dunque dall'ufficialità del procedimento, a partire dai suoi atti introduttivi, che scaturisce l'obbligo di comparizione in giudizio, salvo poi procedere in contumacia. Infatti, nella *cognitio extra ordinem*, come più volte evidenziato, la non comparizione dinanzi al giudice, espressione del potere statale, è configurabile come disprezzo dell'autorità.

2. Significati del termine *contumacia* nelle fonti romane

Un determinato vocabolo, che nel nostro caso è quello di *contumacia*, può assumere diverse sfumature e significati nella lingua tecnico- giuridica diversi²⁰⁹ rispetto a quelli presenti nella lingua letteraria²¹⁰.

²⁰⁷ Alla quale si affianca anche la figura del *fideiussor qui aliquem iudicio sisti promiserit*, più brevemente *fideiussor iudicio sistendi causa*.

²⁰⁸ L. WENGER, *Procedura civile romana*, trad. R. ORESTANO, Milano, 1938, pagg. 273 ss.; M. KASER, *Das römische...cit.*, pagg. 572 ss.

²⁰⁹ Come già accenato, v. retro paragrafo precedente.

²¹⁰ E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, pagg. 121 ss.

La famosa definizione di *contumax* è data da:

D. 42. 1. 53 pr. 1- 2 (Hermog. 1 *epitom.*): *Contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant litis damno coercetur. Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro omnibus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet. Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo vel maioris causae occupatio defendit.*

Secondo un'accezione giuridica generale sarebbe contumace il soggetto che, una volta regolarmente citato, decida di non comparire in giudizio in segno di disprezzo nei confronti dell'autorità statale²¹¹.

Si è detto, però, che questa è solo una definizione generica, poiché accanto ad esso ne esistono altri con ulteriori significati.

In quanto segno di disprezzo nei confronti dell'autorità la contumacia, abbraccerebbe, in quanto violazione dell'*obsequium*, qualsiasi rifiuto di obbedienza in qualsiasi altro ambito, anche non prettamente giuridico.

E anche sotto il profilo giuridico, in particolare a partire dall'epoca del Principato, il termine in questione non indica solo il semplice diniego di presentarsi in giudizio, ma tutta una serie di condotte processuali diverse, che hanno una caratteristica in comune, e cioè la disobbedienza, come prima accennato.

Le differenti valenze semantiche del termine *contumacia* sono così molteplici e durature che nemmeno i giuristi classici riuscirono a

²¹¹ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 181 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 1 ss.

pervenire alla formulazione di una definizione precisa, infatti solo con Ermogeniano, prima ricordato, si avrà un primo tentativo definitorio.

La contumacia indicherebbe comunemente ogni condotta che possa identificarsi come ostinazione, superbia, arroganza, caparbia²¹².

Il termine *contumacia*, infatti, deriverebbe dal verbo latino *contemnere*.

Ulpiano, in D. 21. 1. 1. 9, affrontando la questione relativa alle manifestazioni dell'insania mentale, riprende Viviano quando afferma che *levitas*, *superstitio*, *iracundia* e *contumacia* sono *vitia animi*, che non influiscono sulla valutazione di sanità mentale o meno di una persona. Quindi, da questo brano la contumacia è considerata un *animi vitium*.

Un'altra lettura ci è stata tramandata ancora da Ulpiano in D. 17. 2. 52. 18, dove si occupa degli effetti della sentenza emessa in contumacia di uno dei soci nei confronti degli altri. Il giurista, riprendendo Atilicino, Sabino e Cassio, richiama il concetto di *maleficium* e ne spiega il senso, oltretutto già richiamato anche da Servio, affermando che il socio contumace non potrà rivalersi sul patrimonio comune proprio a causa del suddetto *maleficium*.

Sempre Ulpiano, in D. 3. 1. 1. 3, assimila la condizione del *contumax* a quella del sordo in quanto al divieto di *postulatio*, perché la sordità non permetterebbe di poter sentire gli ordini del magistrato, che verrebbero disattesi, e quindi ne conseguirebbe la stessa pena del caso della contumacia, poiché si tratterebbe sempre di disobbedienza.

²¹² E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, pag. 121. D. 25. 2. 10 (Pomp. 16 *ad Sab.*); D. 26. 7. 38. 1 (Pap. 12 *quaest.*); D. 27. 1. 35 (Paul. 23 *quaest.*); D. 42. 1. 2 (Ulp. 6 *ad ed.*); D. 48. 5. 39. 1 (Pap. 36 *quaest.*); D. 48. 19. 4 (Marcian. 13 *inst.*); D. 49. 16. 6. 2 (Men. 3 *de re mil.*).

Allora, il contumace è colui che, violando l'*obsequium* dovuto ad una qualsiasi autorità, nell'ambito giuridico non comparendo in giudizio, ne disprezza apertamente gli ordini, per cui diventa rilevante la valutazione della volontà che è alla base di questa condotta. Proprio sotto questo profilo pare ravvisarsi un elemento di dolo nella contumacia²¹³, anche se quest'ultimo si riferisce al comportamento nei confronti dell'avversario, non del giudice (inteso qui come autorità statale).

La Bellodi Ansaloni afferma che in diritto romano esistano tre accezioni, tre *species* di *contumacia*, rispettivamente in campo extragiuridico, extraprocessuale e processuale. In quest'ultima, poi, individua una ulteriore suddivisione tra contumacia generale e contumacia in senso stretto²¹⁴.

Nel periodo classico ci sono vari testi che nelle fonti attestano questi differenti significati di contumacia.

In primis sarebbe *contumax* la persona che non risponde alla *interrogatio in iure* secondo quanto riportato da Ulpiano in D. 11. 1. 11. 4.

Ci sarebbe, poi, una seconda ipotesi di contumacia, quella del tutore ovvero del curatore, che rifiuta di attendere l'ordine del pretore di amministrare la *res* del *pupillus*, in base alla testimonianza di Paolo in D. 27. 1. 35 e C.I. 5. 43. 3.

Infine, ed è questa la nozione più strettamente tecnica, è contumace colui che regolarmente citato decide di non presentarsi in giudizio, come testimonia Ulpiano in D. 48. 19. 5 pr. e una costituzione di Antonino riportata in C.I. 7. 65. 1.

²¹³ D. 50. 17. 199 (Iav. 6 *epist.*). E come spiega anche L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, pagg. 154 ss.

²¹⁴ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 7 ss.

Oltre a queste tre valenze, però, è possibile individuarne delle altre, sempre in ambito processuale. Infatti, come prima evidenziato, il termine *contumacia* si riferisce in generale ad una condotta che esteriorizza il rifiuto di obbedienza a qualsiasi ordine del magistrato.

Ad esempio, sarebbe contumace colui che non ottempera all'ordine di restituire o esibire la *res* litigiosa, o all'ordine di esibire in giudizio il testamento, o non proceda all'allegazione degli *instrumenta* ovvero colui che non presti la *cautio* dovuta²¹⁵.

Questo in quanto alla nozione più ampia di *contumacia* in ambito giudiziale.

Venendo ora a quella più tecnica, la prima definizione è quella di Ermogeniano precedentemente citata, risalente all'età di Diocleziano. Questa definizione permarrà ancora nell'età postclassica presso le cancellerie imperiali, anche se sorgeranno nuove valenze della *contumacia*.

Ad esempio il Volterra ritiene che sia contumace, nel senso letterale del termine, il liberto ingrato²¹⁶, o ancora, altri esempi di contumacia, sempre nella sua accezione letterale, sono i figli emancipati ingrati sanzionati con la rescissione della stessa emancipazione, i sacrileghi puniti con l'esilio perpetuo, il carceriere che impedisce al sacerdote di officiare i riti religiosi in carcere, il servo che si ribella al padrone, colui che non adempia agli obblighi fiscali²¹⁷. In ambito giudiziale altri

²¹⁵ D. 12. 3. 1 (Ulp. 51 *ad Sab.*); D. 12. 3. 2 (Paul. 13 *ad Sab.*); D. 43. 5. 3. 14 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 10. 4. 3. 2 (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 49. 1. 28. 1 (Scaev. 25 *dig.*); D. 37. 6. 1. 10 (Ulp. 40 *ad ed.*). Anche se la dottrina ritiene che molti di questi testi verosimilmente possano essere stati almeno in parte interpolati. Inoltre in D. 40. 12. 27. 1 (Ulp. 2 *de off. cons.*) Ulpiano si riferisce alla mancata comparizione delle parti con le parole *penuria adversarii*, termine raramente utilizzato nelle fonti (addirittura solo tre volte), che però in questo caso sarebbe compatibile con la nozione di contumacia.

²¹⁶ E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, pagg. 122 ss.

²¹⁷ C.I. 6. 7. 2 (Imp. Cost. a. 326); C. Th. 8. 14. 11 (Impp. Val. et Grat. a. 367); Cost. Sirm. 11. 6. 2 (Impp. Hon. et Theod. a. 412); Cost. Sirm. 13. 14 (Impp. Hon. et Theod. a. 419); I. 4. 6. 23; Cass., *Variae* l. 19 [a. 507/511].

usi del termine *contumacia* si rinvencono in C. Th. 9. 36. 1 dove è considerato contumace l'*accusator* che, una volta iscritta una persona nella lista dei rei, non continui la propria attività di accusa ovvero non si presenta in giudizio nemmeno l'ultimo giorno utile; inoltre, è possibile parlare di contumacia in termine di *tergiversatio*, secondo quanto riportato nelle *Novellae*²¹⁸, quando ci si trovi dinanzi ad un comportamento dilatorio dell'attore che vuole ritardare l'inizio del processo, in particolare nel caso di specie, non mettendo a disposizione e non allegando i documenti a sostegno della sua pretesa.

A partire dal IV secolo spesso il termine contumace indica il soggetto che volontariamente e coscientemente trasgredisca ad un precetto giuridico, sia esso un privato ovvero un pubblico ufficiale imperiale che non abbia obbedito ad un ordine di un suo superiore (dunque contumacia intesa come insubordinazione)²¹⁹.

In C. Th. 6. 4. 13 c'è un esempio di contumacia assimilata alla disobbedienza laddove sono considerati *contumaces* i soggetti che non accettano la carica di cui sono stati onorati, in particolare questa costituzione di Costanzo fa riferimento ai pretori assenti nel momento della *editio*, e l'assenza per età o malattia sarà punita col pagamento di una somma per la mancata assunzione della carica, mentre l'assenza per contumacia, quindi volontaria, ha come sanzione una multa vera e propria.

²¹⁸ Nov. Val. III 35. 14 (Imp. Valentinianus A. Firmino p.p. et patricio).

²¹⁹ E. VOLTERRA, *Osservazioni* cit., pagg. 125 ss. L'autore sottolinea come dopo l'età di Costantino la lingua giuridica inizia a perdere la sua tecnicità, caratteristica durante l'epoca dei Severi, avviandosi ora al linguaggio comune con mutamenti di stile, espressioni e, naturalmente, conseguenze anche sul significato di alcuni termini, come si è rilevato per il termine *contumacia*.

Ancora, in C. Th. 6. 27. 10, sono accostati ai contumaci gli *officiales* che non osservino i criteri gerarchici di anzianità così come prefissati dalla legge, la quale prevede una pena pecuniaria in caso di errore nella redazione delle liste relativamente alle precedenza gerarchiche.

Quest'ultimo esempio è emblematico, in quanto gli *officiales* tecnicamente non risultano assenti, ma la loro condotta si identifica con una trasgressione della norma giuridica, confermando nuovamente che la *contumacia* indichi in generale il disprezzo mostrato nei confronti di qualsivoglia autorità.

Nel Codice Teodosiano esistono molteplici testimonianze di questa interpretazione di contumacia, non sempre intesa e considerata in senso prettamente tecnico- giuridico.

Ad esempio, in C. Th. 11. 36. 31 il ribelle che turba la pace pubblica è equiparato al contumace; C. Th. 12. 1. 146 prevede una multa nei confronti dei decurioni che *ob contumaciam sub umbra potentium latitant*; ancora, è considerato *contumax* colui che persiste in condotte ribelli secondo quanto riportato in C. Th. 14. 10. 3, C. Th. 16. 10. 13. 1 e C. Th. 11. 1. 27; in alcuni casi si assimilano ai contumaci coloro che non pagano l'imposta dovuta come testimoniano C. Th. 11. 7. 16 (= C.I. 10. 19. 7), C. Th. 7. 5. 2 (=C.I. 12. 38. 2), Paul. Sent. 2. 14. 7, Nov. Val. III 17 pr. E Nov. Val. III 7. 3. 1²²⁰.

²²⁰ Ulteriori testimonianze si ritrovano in: C. Th. 7. 20. 2. 2 (Imp. Const. A. 320); C. Th. 11. 7. 3 = C.I. 10. 19. 2. 1 (Imp. Const. a. 320); C. Th. 11. 7. 4 = C.I. 10. 21. 1 (Imp. Const. a. 327); C. Th. 6. 29. 2. 2 = C.I. 12. 22. 2. 2 (Imp. Const. a. 357); C. Th. 11. 36. 19 = C.I. 7. 65. 4 (Impp. Valent. Val. et Grat. a. 368); C. Th. 8. 5. 37 (Impp. Grat., Valent. et Theod. a. 382); C. Th. 13. 11. 3 = C.I. 11. 58. 3 (Impp. Grat., Valent. et Theod. a. 386); C. Th. 4. 22. 3 (Impp. Valent., Th. et Arc. a. 389).

Nella ricostruzione dell'etimologia della parola contumacia bisogna ricordare che in alcune fonti giustinianee²²¹ viene utilizzato come sinonimo il termine *eremodicium*²²², che in greco indica la *lis deserta*.

Sull'uso e introduzione di tale termine esistono varie opinioni in dottrina: per il Solazzi è plausibile che sia stato utilizzato per la prima volta in età tardo-romana in Oriente per indicare il processo in contumacia; per lo Steinwenter il termine risalirebbe all'epoca di Giustiniiano, seguito nella sua tesi dall'Aru; la Bellodi Ansaloni ritiene che il ricorso a questo sinonimo indichi un cambiamento nella rilevanza della contumacia che da semplice disprezzo nei confronti dell'autorità sarebbe ora considerata in senso più tecnico²²³.

Un altro accostamento interessante è quello tra *contumacia* e *neglegentia* che si rileva, ad esempio, in C. Th. 2. 18. 2 e C.I. 7. 43. 8²²⁴, laddove tale parallelismo starebbe ad indicare un condotta che va al di là della semplice inerzia, poiché si tratta di “agire con trascuratezza obiettiva”, in un certo senso tralasciando il significato intrinseco di colpa tipica della negligenza per lasciar posto alla oggettiva valutazione negativa del comportamento in sé considerato, che altro non sarebbe che la colpevole e negligente disobbedienza agli ordini dell'autorità statale.

²²¹ D. 4. 4. 7. 12 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 46. 7. 13 pr. (Ulp. 7 *disp.*); C.I. 3. 1. 13 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp...3); Nov. 69. 3.

²²² In greco ἐρημοδικίον, -ον, τό = ἡ ἐρήμος ο ἐρήμη (*sc. δίκη*), processo in contumacia per assenza di una delle parti.

²²³ S. SOLAZZI, *L'editto «qui absens iudicio defensum non fuerit»*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, pag. 423 nt. 3; A. STEINWENTER, *Studien* cit., pagg. 92 ss.; L. ARU, *Il processo* cit., pag. 188 nt. 50; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pag. 18 nt. 33.

²²⁴ Ma anche in C. Th. 12. 1. 23 (a. 338); C. Th. 6. 4. 13 (a. 361); C. Th. 11. 36. 28 (a. 383); C. Th. 9. 36. 1 (a. 385); C. Th. 11. 30. 59 (a. 399); C. Th. 12. 38. 2 (a. 404); C. Th. 7. 5. 2 (a. 404); Cost. Sirm. 16. 32 (a. 408); Nov. Val. III 35. 15 (a. 452); Ed. Th. 145; D. 49. 1. 14 (Ulp. 4 *ad ed.*).

Infine, in C. Th. 11. 31. 5 la *contumacia* è accostata alla *desidia*, che significa inoperosità, inerzia, un “non fare”, che ancora una volta simboleggerebbe il disprezzo, questa volta soggettivamente inteso.

Sulle molteplici valenze del termine *contumacia*, in conclusione, la dottrina presenta diverse ipotesi.

Per il Volterra, tale fenomeno sarebbe tipico dell’età postclassica, per cui tutti i testi classici in cui si rinvencono richiami alla contumacia nel suo senso letterale sarebbero stati interpolati dai compilatori, perché i giuristi classici si caratterizzano per un rigoroso tecnicismo e, dunque, con tale termine avrebbero indicato soltanto una “assenza qualificata”²²⁵.

Contrariamente il Chiazzese afferma che anche in epoca classica la contumacia indicava una pluralità di comportamenti, anche non strettamente processuali, e la suddetta pluralità si riflette nei testi giurisprudenziali, ritenendo addirittura che in origine la contumacia avrebbe indicato il disprezzo all’ordine magistratuale²²⁶.

La Bellodi Ansaloni, in ultimo, crede che la plurivalenza semantica, tecnica e atecnica, si giustifichi in virtù di un elemento unificante, ossia la decisione volontaria di non obbedire ad un ordine, venendo meno all’*obsequium* nei confronti dell’autorità; infatti, è proprio questo elemento a tenere uniti linguaggio giuridico e linguaggio comune, già nell’epoca classica e per molti secoli successivi²²⁷.

²²⁵ E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, pagg. 126 ss.

²²⁶ L. CHIAZZESE, *Iusiurandum cit.*, pagg. 142 ss.

²²⁷ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.* pag. 21.

3. Il processo civile contumaciale

3.1 La *contumacia* del convenuto

Il processo civile contumaciale sembra nascere in maniera graduale, e secondo il Wlassak la sua origine remota andrebbe rintracciata nelle cognizioni pretorie. Lo studioso parla di “statizzazione” intendendo che la *cognitio extra ordinem*, e la relativa disciplina della contumacia, sarebbero una evoluzione, dettata da tutta una serie di fattori, del processo formulare²²⁸.

L’Aru, aderendo alla tesi del Wlassak, ritiene che, alla luce dello *ius honorarium* e della specifica disciplina che il pretore creò in relazione ai fenomeni dell’*absentia* e della *latitatio*, la possibilità, di cui Ulpiano parla in D. 5. 1. 68, di proseguire nel processo anche in assenza di una delle parti, non sembra essere un segno di netta rottura col regime processuale passato, anzi, ne sarebbe la logica evoluzione²²⁹.

Molti dibattiti sono nati intorno ai provvedimenti emanati probabilmente da Antonino Pio che avrebbero per la prima volta modificare il regime del *dare litem secundum praesentem*, la cui portata è stata già analizzata dalla dottrina in relazione ai processi dell’*ordo*, dove sembrerebbe non aver avuto mai applicazione.

La prima testimonianza si ritrova in:

C.I. 7. 43: *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debet praesentibus partibus vel una absente.*

²²⁸ M. WLASSAK, *Zum römischen cit.*, pagg. 11 ss.

²²⁹ L. ARU, *Il processo cit.*, pagg. 157 ss.

Questa, per il Cervenca, rappresenterebbe l'abolizione del principio appena citato. Inoltre, secondo la tesi dell'Aru tale passo si riferirebbe alla sola *cognitio extra ordinem*, come già aveva affermato quella dottrina che se ne era occupata rispetto ai sistemi processuali precedenti; tuttavia, lo Steinwenter riteneva che tale rescritto faccia riferimento al processo penale²³⁰. Il Provera, però, pur non potendo individuare in maniera certa l'ipotesi disciplinata nella costituzione di Antonino Pio, comunque affermava che in essa si facesse per la prima volta menzione della condanna dell'imputato anche in sua assenza²³¹.

L'intervento di Antonino Pio sarebbe una "interpretazione autentica" di un precedente intervento di Adriano, che sarebbe stato male interpretato dai pretori che avevano dato vita alla prassi di giudicare sempre colpevole il convenuto contumace, naturalmente nei processi svolti dai magistrati sempre nell'ambito della cognizione straordinaria. La giusta esegesi vorrebbe, infatti, che sia in presenza di entrambe le parti ovvero in assenza di una di esse il giudice potesse emanare sentenza, ma non veniva specificato se di condanna o di assoluzione, questo in virtù della giustizia sostanziale, perseguita con l'introduzione della *cognitio extra ordinem*, in base a cui il giudice avrebbe dovuto in ogni caso valutare concretamente la situazione e giudicare in base al suo convincimento personale derivante dalle risultanze della causa stessa. Chiaramente, come poi si noterà in seguito, la sentenza era inappellabile da parte del contumace.

Un ulteriore intervento di Antonino Pio è quello ricordato da Marcello in D. 4. 1. 7, dove si legge l'espressione *absens rem amiserat*,

²³⁰ G. CERVENCA, *Osservazioni sulla «restitutio litis» a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in *IURA*, 12 (1961), pagg. 201 ss.; L. ARU, *Il processo cit.*, pagg. 159 ss.; A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pag. 64.

²³¹ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 193 ss.

che sempre secondo l'Aru ancora una volta si riferirebbe al processo di cognizione straordinaria anche perché si richiama la figura del *praeco*, messo tipicamente utilizzato dal giudice in questa procedura.

Veniamo ora dunque alla instaurazione e allo svolgimento del processo contumaciale, una volta espletate senza successo le modalità di citazione analizzate nel paragrafo precedente.

Nel già menzionato brano ulpiano tratto da D. 5. 1. 71 si ha notizia di una *cognitio* che il giudice doveva svolgere laddove il convenuto non fosse comparso in giudizio. Dunque, è necessario capire di che tipo di cognizione si trattasse, partendo dall'analisi di ulteriori testi, cercando di capire se il giudice dovesse limitarsi alle sole allegazioni della parte presente ovvero andare oltre e valutando anche le possibili ragioni del *contumax*. Si tratta sicuramente di una *summaria cognitio*, data l'unilateralità dello svolgimento della lite, anche se su questo punto si rileva l'opinione contraria dell'Aru²³².

In quanto alle fonti, risulta di particolare interesse una costituzione di Caracalla riportata in:

C.I. 7. 65. 1: *Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.*

Questo provvedimento stabilisce principalmente che la parte contumace non vedrà accolto l'appello contro la sentenza di condanna.

²³² L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 166 ss.

Tuttavia si può notare che in questa costituzione l'espressione "*contumaciam*" viene indicata solo per chiarire la tipologia di assenza, poiché ancora non esisteva una regolamentazione specifica per il contumace.

Ma, prima di affermare che l'appello non può essere accolto, Caracalla pone una condizione, ossia che il contumace sia stato condannato dopo una cognizione sommaria della controversia da parte del giudice, che, in funzione del suo personale convincimento e delle allegazioni della parte presente, ha ritenuto opportuno giudicare in tal senso.

Dunque uno dei principi cardine della *cognitio extra ordinem* è quello secondo cui il giudice, anche nel caso di un processo in contumacia di una delle parti, debba sempre ricercare la *veritas*, non utilizzando semplicemente le prove della parte presente, ma considerando la controversia nella sua globalità²³³.

Lo stesso principio si ritrova in due brani di Ulpiano riportati in D. 26. 10. 7. 3 e D. 40. 12. 27. 2, il primo relativo all'*actio suspecti tutoris* il secondo ad una *causa liberalis*.

In tutta una serie di frammenti sempre ulpiane questo principio viene più volte richiamato, in particolar modo facendo riferimento all'*agere* e al *causam cognoscere*²³⁴.

Tale prassi perdura ancora alla fine del III secolo come dimostra una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 299 riportata in C.I. 7. 72. 9, dove si stabilisce che il creditore per poter ottenere la *missio in bona* del debitore, non dovrà far rilevare soltanto la contumacia di quest'ultimo come unica ragione per avere il provvedimento, ma dovrà certificare che il debito realmente esista con le opportune allegazioni.

²³³ E' chiaramente palese che in concreto il giudice utilizzerà le allegazioni della parte presente, per cui è molto raro che ci fossero delle sentenze di assoluzione del contumace, e dunque che il principio di cui si tratta venisse effettivamente seguito alla lettera.

²³⁴ D. 5. 1. 71 (Ulp. 4 *de omn. trib.*); D. 5. 1. 73 pr.- 1 (Ulp. 4 *de omn. trib.*).

Sembrerebbe potersi rintracciare di nuovo tale principio, anche se in maniera non così chiara e netta, anche nella costituzione costantiniana riportata in:

C.I. 3. 19. 2: *Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interruptendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summarim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absenti de principali quaestione servata.*

Qui l'imperatore stabilisce che se il *dominus possessionis*, regolarmente citato dal detentore nella causa contro di lui promossa, continui a non comparire in giudizio, il giudice ordinerà la *translatio possessionis* a favore della parte attrice presente, sempre dopo una valutazione sommaria della lite.

Ancora, vi è traccia del principio della sommaria cognizione del giudice anche in C. Th. 11. 31. 5, quando gli imperatori Valentiniano e Valente stabiliscono la pena di una multa nei confronti del convenuto che, citato regolarmente, sia contumace, tutto ciò sempre dopo un'analisi della controversia da parte del giudice, anche se in questa costituzione scompare l'aggettivo sommaria, anzi si fa riferimento alla *diligentia* del pubblico ufficiale.

Probabilmente tale provvedimento non aveva fatto altro che recepire e ufficializzare un mutamento già avvenuto precedentemente nella prassi dei tribunali, dove i giudici non valutano sommariamente la lite ma la studiavano attentamente prima di emettere qualsiasi provvedimento in caso di contumacia di una delle parti²³⁵.

Infatti, sembra logico ritenere che il giudice dovesse valutare le ragioni di entrambe le parti, anche in assenza di una delle due, affinché il principio della *aequitatis ratio* venisse effettivamente rispettato e applicato, insieme al criterio degli *iuris praescripta*.

La contumacia nella *cognitio extra ordinem*, inizialmente, continuava a prevedere un diverso regime a seconda che l'azione intentata dall'attore fosse un'*actio in rem* o un'*actio in personam*.

In relazione al primo tipo di azione nei primi tempi continuano ad essere in parte applicato analogicamente l'istituto dell'*indefensio* formulare, a cui è dedicata una parte del capitolo successivo.

Si è detto in parte perché in caso di *indefensio* non si può avere una sentenza di merito, che invece viene emessa in caso di processo contumaciale. Infatti, nella cognizione straordinaria la presenza del convenuto non è più un requisito essenziale per il corretto svolgimento del procedimento fino all'emissione della *sententia*, anzi sembra esserci un capovolgimento del rapporto tra accertamento ed esecuzione forzata rispetto al processo formulare, come ha giustamente rilevato il Provera²³⁶, poiché ora la sanzione non è più data dal ricorso all'esecuzione forzata ma essa si collega al provvedimento finale del giudice, dapprima

²³⁵ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 120 ss.

²³⁶ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 198 ss.

consistente nella condanna automatica del contumace²³⁷ e poi nel *damnum litis*²³⁸.

Proprio questa nuova impostazione del processo è la causa del progressivo declino della disciplina dell'*indefensio* che viene pian piano ricollocata nella disciplina generica dell'*absentia*.

Tuttavia, nonostante l'appena ricordata scomparsa del regime formulare relativo alla mancata comparizione in giudizio, esso continua ad avere una certa influenza, ancora nel III secolo, in relazione al diverso regime della contumacia, a seconda che si tratti di *actiones in rem* o *in personam*; tant'è vero che per lungo tempo i romani ritennero possibile il ricorso al processo contumaciale solo per queste ultime, poiché per le azioni reali continuava ad essere prevista la *translatio possessionis* della *res* litigiosa, senza giudicare nel merito della controversia, contrariamente a quanto accadeva nelle azioni *in personam* dove invece era possibile emettere la sentenza definitiva.

Pian piano, però, come testimoniano le fonti, la distinzione tra i due tipi di azione e la conseguente possibilità di procedere in contumacia, sfuma.

In particolare un riferimento in tal senso si trova in una costituzione di epoca diocleziana, riportata in:

C.I. 7. 43. 8: *Consentaneum iuri fuit temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis praesidem provinciae impleta iuris sollemnitate et adversario tuo trinis litteris vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret,*

²³⁷ Che verrà meno come principio in base a quanto detto in precedenza circa l'erronea interpretazione della costituzione adrianea e i suoi successivi sviluppi.

²³⁸ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 123 ss.

commonefacto, si in eadem contumacia perseveravit, praesentis adlegationes audire. quod vel successor eius facere curabit. a quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit vel ad cogendum eum, ut se repraesentaret, possessionem bonorum cui incumbit ad te transferre et adversarium petitem constitutere, vel auditis defensionibus tuis id quod iuris ratio exegerit iudicare.

Nella costituzione si dà la possibilità all'attore, in caso di contumacia del convenuto, di scegliere alternativamente tra il proseguimento del giudizio fino alla sentenza di merito ovvero la richiesta immediata dell'immissione nel possesso della *res*. Laddove avesse deciso di chiedere la prosecuzione del procedimento l'onere della prova sarebbe ricaduto su di lui, di modo che il giudice, nella valutazione²³⁹ della causa, potesse emettere il provvedimento di merito che avrebbe potuto anche essere di assoluzione nei confronti del contumace.

Qualora, invece, avesse optato per l'immediata *translatio possessionis*, avrebbe di certo ottenuto il possesso della *res* litigiosa, senza però avere una decisione nel merito della controversia, col rischio che il convenuto contumace avrebbe potuto esperire contro di lui, questa volta assumendo le vesti di attore, una nuova azione di rivendica.

Secondo l'Aru sarebbe possibile scorgere, dunque, una differenza di regime nel caso di contumacia del convenuto a seconda della natura dell'azione promossa, dato che nell'ipotesi di una azione reale il contumace sarebbe stato assoggettato solo allo spossessamento della *res* senza avere una sentenza di merito nei suoi confronti²⁴⁰.

²³⁹ Si ricordi non sommaria.

²⁴⁰ L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 179 ss.

Il Provera, non ritiene condivisibile questa tesi poiché molti fonte postclassiche, che saranno in seguito analizzate, non prevedono alcuna differenza di disciplina nei due *genera actionum*²⁴¹.

In ogni caso, si rileva che ancora nel III secolo il convenuto contumace poteva subire la sola *translatio*, istituto risalente all'*indefensio* formulare, che, però, non ha più i connotati di una pena, quanto di un mezzo per costringerlo a comparire in giudizio²⁴². Inoltre, un'ulteriore e netta differenza con la normativa formulare è che ora è l'attore a decidere se proseguire o meno il processo sino alla *sententia*, non più il giudice.

E allora, sembrano non esserci particolari dubbi circa la possibilità di giungere a sentenza in un'azione reale nella *cognitio* straordinaria in caso di contumacia del convenuto, soprattutto considerando ancora una volta che, sebbene l'attore avesse la possibilità di scelta, la mancata comparizione del convenuto era configurabile non più come lesione di un onere, bensì come disprezzo nei confronti dell'autorità statale, in qualsiasi tipo di azione. Ed è per questo che la diversa disciplina tra i due *genera actionum* si svuota di significato.

La testimonianza di cui si è appena parlato secondo alcuni autori permetterebbe di affermare, già per quest'epoca, l'esistenza di un processo unilaterale in qualsiasi genere di azione conosciuto col nome di processo contumaciale²⁴³; ma, secondo la Bellodi Ansaloni, parrebbe

²⁴¹ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 199 ss.

²⁴² A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 127 nt. 32 e 33 in cui richiama G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 202 ss.

²⁴³ I. BUTI, *La cognitio extra ordinem da Adriano a Diocleziano*, in *ANRW*, 2. 14 (1982), pag. 46.

più plausibile non procedere ad una tale radicalizzazione perché la costituzione menzionata fa intendere che ancora non si era definitivamente superato il regime previsto dalla norma classica.

Inoltre, la studiosa ritiene, a mio avviso correttamente, che la *contumacia* e la *indefensio* si collochino su due livelli e piani differenti, perché la mancata comparizione della parte nel processo formulare e la sua conseguente situazione di *indefensus* rilevano sotto il profilo del diritto soggettivo, della disponibilità di un proprio diritto, mentre la *contumacia* interessa il rapporto tra privati ed autorità statale²⁴⁴.

Un'altra testimonianza sulla possibilità di processo in contumacia di una delle parti in un'*actio in rem* si rinviene in P. Oxy. 3759, di epoca costantiniana, che si occupa di un giudizio possessorio svolto in provincia; più precisamente, il funzionario imperiale, cui l'avvocato di una delle parti chiede la *translatio possessionis* dei beni della parte contumace adducendo come ulteriore motivazione proprio la sua mancata comparizione, afferma che se la parte continuerà a non presentarsi nella nuova udienza allora sarà comunque possibile giungere a sentenza. Dunque, ancora una volta è confermata l'ipotesi di procedere unilateralmente in un processo, anche se in questo esempio appena riportato la decisione spettava non all'attore ma all'incaricato imperiale della provincia.

Sempre risalente all'età di Costantino è la costituzione riportata in C.I. 3. 19. 2, già menzionata prima, riguardante un processo di rivendica dove il convenuto era contumace²⁴⁵.

²⁴⁴ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 129 ss.

²⁴⁵ Vari autori si sono occupati di questa costituzione nell'ambito del processo contumaciale, in particolare: A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pagg. 160 ss.; S. SOLAZZI, *L'editto cit.*, pagg. 428 ss.; L. ARU, *Il processo cit.* pagg. 175 ss.; M. MARRONE, *La legittimazione cit.*, pagg. 534 ss.; G. PROVERA, «*Indefensio*» e *legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in *Studi Grosso*, 6 (1974), pagg. 229 s.; ID., *Il principio cit.*, pagg. 208 ss.

In questo testo l'imperatore stabilisce che, quando un soggetto detiene a nome altrui un immobile e viene successivamente convenuto in un giudizio di rivendica, deve immediatamente rivelare il nome del *dominus* affinché questi si presenti in giudizio; il giudice, allora, fisserà un termine entro cui il *dominus* dovrà comparire, e, se non lo facesse, procederà con la citazione tramite *edicta*; se persiste nella sua condotta, nonostante gli editti, ne verrà dichiarata la *contumacia* e dopo una *summatia cognitio* il giudice decreterà la *missio in possessionem* a favore del rivendicante, senza probabilmente nemmeno ascoltarlo. Chiaramente il contumace avrebbe potuto intraprendere un giudizio petitorio successivo per riavere il bene.

La Bellodi Ansaloni propone un interessante raffronto tra C.I. 7. 43. 8 e C.I. 3. 19. 2. Nella costituzione di Diocleziano e Massimiano è l'attore a decidere se proseguire nel giudizio in contumacia del convenuto ovvero a chiedere la *missio in bona*, mentre nel provvedimento di Costantino tale scelta spetta al giudice²⁴⁶.

Secondo la studiosa, non esisterebbero particolari problemi di raccordo tra i due interventi degli imperatori, poiché la discontinuità tra di esse sarebbe frutto della difficoltà di abbandonare i vecchi principi processuali per far posto a quelli nuovi della cognizione straordinaria.

Lo stesso discorso può essere fatto anche nell'ipotesi di un'*actio in personam*, come ci testimonia C.I. 7. 72. 9, costituzione anch'essa risalente a Diocleziano e Massimiano, i quali, in un processo riguardante un caso di *mala administratio*, in cui il debitore non si era presentato in giudizio, sembrano concedere un'alternativa alla parte presente

²⁴⁶ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 134 ss.

in giudizio tra la prosecuzione dello stesso o la richiesta di *missio in bona*.

In Nov. Val. III 35. 15 sembra ormai essere da tempo superata qualsiasi differenza di disciplina tra *actiones in rem* ed *in personam* in caso di contumacia del convenuto.

Alcuni dubbi erano nati in relazione ai termini *pulsatus* e *exhibitus* che sembrerebbero qui contrapposti.

Secondo la particolare lettura data dalla Bellodi Ansaloni, il *pulsatus* sarebbe il convenuto *contumax ab initio*, mentre l'*exhibitus* è il *pulsatus* a cui viene chiesto di prestare una idonea garanzia per la sua futura comparizione dopo essersi presentato alla prima udienza²⁴⁷.

Lo Steinwenter ha ritenuto che nel caso del *pulsatus*, ossia del convenuto *contumax*, il processo sarebbe continuato fino alla sentenza di merito; nel secondo caso, e quindi del convenuto che non avesse prestato la dovuta *cautio*, sarebbe stata disposta su ordine del giudice la *missio in bona*²⁴⁸.

Da questa interpretazione potrebbe sembrare che esista ancora una differenza di regime tra *actiones in rem* e *in personam*, ma così non è, in quanto la novella di Valentiniano è di carattere generale, come si può notare dall'*incipit* dove si stabilisce genericamente che la contumacia del convenuto regolarmente citato non ostacoli la prosecuzione del processo e la relativa sentenza.

Questa lettura viene confermata dall'*interpretatio* per la quale i due termini indicherebbero la stessa situazione.

Una distinzione nella Novella c'è, ma riguarda solo il tipo di garanzia che il convenuto avrebbe dovuto prestare: nel caso di *actio in*

²⁴⁷ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 142 ss.

²⁴⁸ A. STEINWENTER, *Studien cit.*, pagg. 137 ss.

rem si trattava di una *cautio*; nell'ipotesi di un'*actio in personam* di una *fideiussio*.

Si deve sottolineare, a proposito della garanzia, che l'imperatore nulla prevede laddove il convenuto non proceda a prestare la *cautio*. Il Provera ha ritenuto che probabilmente che il vuoto legislativo riguardi solo la mancata *fideiussio*, poiché per la *cautio* non data ci sarebbe un riferimento ad un imprecisato *periculum*²⁴⁹.

La dottrina ha presentato varie ipotesi esegetiche sul termine *periculum*, tra cui le più rilevanti sono quella del Kübler e quella del Krüger. Il primo aggiunge l'espressione, che nel testo sarebbe sottintesa, *amittendae possessionis*, per cui si sarebbe applicata ancora la precedente regola in base alla quale, in una situazione di contumacia in un'azione reale, sarebbe stata decretata la *missio in bona*; il Krüger, contrariamente, ritiene che la mancata dazione della *cautio* non bloccasse la prosecuzione del processo che sarebbe comunque arrivato alla sentenza di merito in contumacia²⁵⁰.

Un'altra ipotesi interpretativa è quella della Bellodi Ansaloni, che afferma che il *periculum negotii* non sarebbe altro che il rischio di essere dichiarati soccombenti in una lite laddove non ci si presenti in giudizio, sebbene regolarmente citati, con conseguente inappellabilità della sentenza; addirittura la studiosa sembrerebbe intravedere in questa espressione quello che sarà poi il cosiddetto *damnum litis* di cui parla

²⁴⁹ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 207.

²⁵⁰ B. KÜBLER, *Miszellen. Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*, in ZSS, 27 (1906), pag. 392; H. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in ZSS, 45 (1925), pagg. 76 ss.; L. ARU, *Il Processo cit.*, pagg. 185 ss.

Ermogeniano riferendosi, appunto, al “pericolo, facilmente concretizzabile, di subire una condanna inappellabile, che viene accettato da chi non vuole presentarsi in giudizio”²⁵¹.

Ulteriori dubbi sorgono in relazione alla lettura dell’*interpretatio* della Novella, nella quale sembrerebbe esserci un ritorno al passato, e cioè alla regola che prevedeva l’automatica sentenza di condanna nei confronti del convenuto contumace. Il commentatore, infatti, spiega che il contumace sarà in ogni caso assoggettato alla decisione di merito; manca qualsiasi allusione alla *translatio possessionis* mentre ci sarebbe un riferimento alla perdita della causa a carico del contumace. Se questa previsione fosse vera, si dovrebbe credere che dopo pochi decenni la sentenza contumaciale ritornasse ad essere una sentenza di condanna. Ma la riapplicazione, in quest’epoca, di una tale regola non sarebbe plausibile, e a sostegno di ciò si può far riferimento al paragrafo precedente della medesima novella. In quest’ultimo si dispone di emanare la decisione di merito in caso di contumacia, quindi non ci sarebbe alcun motivo di ritenere che per un’altra ipotesi di contumacia ci sarebbe stata una soluzione differente.

Lo stesso dubbio sorge in relazione ad una costituzione di Leone riportata in C.I. 1. 12. 6, che riguarda un’*actio in personam* in cui si verifica un tipico esempio di contumacia: un soggetto si rifiuta di procedere all’adempimento delle obbligazioni nascenti da un contratto e, una volta citato, dovrà decidere se presentarsi personalmente in giudizio o chiedere l’intervento di un procuratore; laddove ometta questi atti si vedrà destinatio della sentenza.

²⁵¹ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 144.

A prima vista sembrerebbe che la corretta citazione sia l'unico presupposto che permette al giudice di esaminare la lite ed emettere, senza potere discrezionale, la sentenza di condanna. Ma probabilmente sarebbe preferibile ipotizzare che nel caso di specie risultasse già certa l'esistenza del debito del convenuto, che giustificava, dunque, la sentenza di condanna. Proprio in ragione di ciò non si può parlare di un "ritorno al passato".

In età postclassica, dunque, sembra che, nei processi della *cognitio extra ordinem*, il convenuto non abbia più l'obbligo di presentarsi in giudizio e collaborare attivamente ad esso, perché più che di obbligo si può ora parlare di semplice dovere, essendo in ogni caso possibile continuare il processo fino alla sentenza di merito anche nel caso di sua contumacia; quindi, non sembra più necessario predisporre dei mezzi che forzino il convenuto in tal senso, perché adesso l'elemento da valutare resta la sola regolare citazione.

3. 2 La contumacia dell'attore

Fino a questo momento è stata considerata la sola ipotesi di contumacia del convenuto regolarmente citato. E' opportuno adesso verificare se gli stessi principi, e, dunque, la stessa disciplina fosse applicabile anche in caso di contumacia dell'attore che, una volta iniziato il processo, non si fosse presentato entro l'ultimo giorno utile indicato dal giudice.

In relazione all'età classica, Ulpiano, in un brano riportato in D. 5. 1. 73 pr. -2, già menzionato in precedenza, afferma che l'attore, se

avesse fatto ricorso all'azione e richiesto anche l'*edictum peremptorium*, e poi non si fosse presentato nel *dies cognitionis*, a differenza del convenuto che invece compariva, avrebbe subito l'annullamento dell'editto stesso. Di conseguenza non sarà possibile procedere alla cognizione della lite né tantomeno giungere all'emissione della sentenza a favore del convenuto presente in giudizio.

Il frammento appena richiamato, però, ha da sempre presentato molti dubbi esegetici, variamente affrontati in dottrina.

L'Aru ritiene che l'interpolazione dei compilatori sia rintracciabile solo in alcune parti del testo, e cioè nelle espressioni: "*sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet*" per il *principium*; "*nec secundum praesentem pronuntiabitur*" per il primo frammento; "*et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit*" per il secondo²⁵². Lo studioso afferma che il loro intervento nel *principium* abbia avuto un carattere puramente formale, per sottolineare che se l'attore non avesse addotto delle prove idonee a convincere il giudice, allora il convenuto sarebbe stato assolto; invece, ci si troverebbe dinanzi ad una interpolazione di carattere sostanziale nei paragrafi 1 e 2 del passo, laddove si sancisce che se l'attore si rendeva contumace, siccome il giudice non poteva analizzare la lite, l'editto perentorio cadeva nel nulla²⁵³, senza arrivare alla sentenza. Da quanto detto, allora, si verificava la sola perdita dell'istanza, non della controversia, e questo risulta chiaro anche se il Lenel sospetta che nella frase *an vero- perit* ci siano state delle interpolazioni abbastanza marcate²⁵⁴.

²⁵² L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 169 ss.

²⁵³ In questo senso si deve intendere l'espressione *edictum circumducere*.

²⁵⁴ O. LENEL, *Textkritische miszellen*, in *ZSS*, 39 (1918), pag. 147.

Il Mommsen cerca di spiegare e risolvere le questioni sollevate dall'intervento giustiniano, ritenendo che sia necessario correggere la frase *conveniri possit* in *conveniri non possit*. Tale interpolazione si giustificerebbe in relazione al principio tipico dell'epoca di Giustino in virtù del quale era giuridicamente assurdo che l'attore potesse perdere la controversia solo perché contumace²⁵⁵.

Sulla decadenza della sola istanza l'Aru ritiene di non dirsi ancora certo sulle soluzioni prima prospettate, mentre per la Bellodi Ansaloni sarebbe pacifico, almeno per l'età classica, pensare che Ulpiano l'avrebbe prevista come unica conseguenza della contumacia dell'attore, il quale avrebbe potuto ripresentare la domanda in un momento successivo, poiché, non avendo il giudice avuto la possibilità di procedere alla cognizione della causa, e, dunque, non essendo pervenuto ad alcuna sentenza, nulla ostava alla riproposizione della medesima azione nel rispetto dei termini di prescrizione, così come sembrano confermare anche il Provera e il Kaser²⁵⁶.

Per il periodo postclassico non ci è giunta alcuna notizia certa dalle fonti circa la disciplina prevista in caso di contumacia dell'attore, per cui la ricostruzione del regime normativo viene generalmente affrontata in dottrina attraverso delle testimonianze indirette.

In primis c'è da segnalare una costituzione costantiniana contenuta in C. Th. 4. 5. 1 (= C.I. 8. 36. 2), nella quale si statuisce che entrambe le parti siano tenute a *litem peragere*, ossia a dare impulso alla prosecuzione del processo.

²⁵⁵ L. ARU, *Il processo* cit., pag. 173, segue tale lettura.

²⁵⁶ *Ibidem*, pag. 173; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pag. 150; G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 204 nt. 33; M. KASER, *Das römische* cit., pag. 480.

Una volta instaurato il giudizio a seguito della corretta citazione, la *res* oggetto della lite non può subire alcuna traslazione, e anche se ciò avvenisse il procedimento continuerà fino alla sentenza come se l'atto di trasferimento non fosse mai avvenuto. Questa sembra, dunque, essere il principio espresso dall'intervento dell'imperatore che si rivolge, in maniera più generica, ad un ulteriore principio, e cioè non erano ammessi comportamenti che tentavano di ostacolare lo svolgimento del processo che sarebbe in ogni caso continuato fino alla decisione di merito.

La Bellodi Ansaloni ritiene che la dottrina non abbia adeguatamente valorizzato l'ordine di *litem peragere*, che nella costituzione non ha un destinatario specifico, ma sembra essere diretto ad entrambe le parti affinché il processo segua il suo normale iter.

Si registra, quindi, un mutamento rispetto a quanto previsto dalla regola classica espressa da Ulpiano in D. 5. 1. 73. 2 circa la decadenza della sola istanza.

Di particolare rilievo in tal senso sono anche le costituzioni ricordate nel primo paragrafo di questo capitolo a proposito della *reparatio temporum*; per tutte si ricordi quella di Costantino, riportata da C. Th. 2. 6. 1, dove si stabilisce che gli attori che non si fossero presentati nel termine del *dies legitimus* avrebbero potuto richiedere la rimessione in termini se, però, la loro condizione era stata determinata *necessitate vel casu*²⁵⁷.

²⁵⁷ Una disposizione simile è quella offerta da un'altra costituzione di Costantino ripresa in C. Th. 2. 6. 3, nella quale si stabilisce che se una delle parti, senza specificare quale di esse, muoia e il termine di comparizione ancora non è espirato, quest'ultimo sarà rinnovato nei confronti dei successori del *de cuius*. Dunque, tale precetto farebbe riferimento tanto al convenuto quanto all'attore, come sembrerebbe confermare anche la *interpretatio*.

La *ratio* del provvedimento sarebbe quella di evitare la contumacia offrendo all'attore la possibilità di rimediare alla sua assenza, chiaramente allegando una *iusta causa*.

Un'ulteriore testimonianza che indirettamente ci fornisce delle notizie utili circa la disciplina contumaciale dell'attore è il provvedimento costantiniano che si ritrova in C. Th. 2. 18. 2, già citato in relazione all'accostamento tra i termini *contumacia* e *neglegentia*²⁵⁸:

C. Th. 2. 18. 2: *Idem a. ad maximum praefectum urbi. eum, qui sciens iudicio adesse neglexerit, ut contumacem iudex poena multabit.*

In esso, come già evidenziato, si prevede una sanzione a carico della persona contumace, sia essa attore o convenuto. Potrebbero sorgere dei problemi di lettura nel momento in cui si prende in considerazione il termine *sciens* e il suo significato in questo contesto²⁵⁹.

La Bellodi Ansaloni, per spiegarne il contenuto, ricorda un testo di Ermogeniano contenuto in D. 42. 1. 53. 2, in cui si legge che la *poena contumacis* non sarà erogata nei confronti di colui che si assenta per giusta causa:

D. 42. 1. 53. 2 (Herm. 1 *iuris epit.*): *Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo vel maioris causae occupatio defendit.*

²⁵⁸ Si veda il paragrafo due del presente capitolo.

²⁵⁹ Il significato generale di *sciens* indica colui che sa, ovvero colui che decide, ed è soprattutto questa seconda accezione ad essere di particolare rilievo.

Mettendo a raffronto questi due testi, quello di Costantino e quello di Ermogeniano, la studiosa ritiene plausibile considerare che *scientia* stia ad indicare, in via del tutto generica, “la volontarietà dell’assenza, che si manifesta nei due aspetti della conoscenza del giudizio e della decisione di non andarvi”, e tale condotta sarebbe riferibile tanto al convenuto quanto all’attore. Questa interpretazione sarebbe giustificata dal fatto che anche in altri luoghi²⁶⁰ è possibile rintracciare il termine *sciens* accostato a quello di *dolus*, indicando una cosciente volontarietà dell’azione in questione²⁶¹.

Una costituzione di Costanzo e Costante, ricordata in C. Th. 2. 6. 4, non fa alcuna differenza tra attore e convenuto:

C. Th. 2. 6. 4: *si quis iurgantium ante litis terminum ultimum diem obierit, non, ut ante statuimus, a decedentium primo die cursus temporis observari oportet, si successor legitimae aetatis sit, sed ex die petitae bonorum possessionis vel aditae hereditatis ei tempora renovari: ita tamen, ut ea res non lateat possidentem, nec clam, ut fraudem tempori faciat, pertentetur. quod si successor minoris aetatis sit, postquam datus tutor sive curator solennia susceptae defensionis impleverit, tempus dinumerari conveniet.*

²⁶⁰ C. Th. 2. 14. 1 = C.I. 2. 14. 1 (Impp. Arc. et Hon. A. 400); D. 19. 1. 11. 15 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 21. 1. 1. 1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 23. 2. 44 pr. (Paul. 1 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 29. 5. 3. 12 (Ulp. 50 *ad ed.*); D. 48. 10. 9. 3 (Ulp. 8 *de off. procons.*); Paul. Sent. 5. 25. 5.

²⁶¹ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 157 ss.

Il provvedimento stabilisce che se una delle parti muore prima del termine del processo, il termine sarà rinnovato, ma non più a partire dal giorno del decesso come invece aveva in precedenza stabilito Costantino, ma, se il successore era maggiorenne, dal giorno in cui veniva chiesta la *bonorum possessio* o l'*aditio hereditatis*; se minorenni, dal giorno in cui il *tutor* o il *curator* completava le formalità necessarie per la sua difesa. Ancora una volta non si specifica a favore di quale delle parti processuali sia concessa la rimessione in termini, ragion per cui è verosimile pensare che tale precetto si riferisse ai successori sia dell'attore che del convenuto, e tale lettura sembra essere supportata dall'*interpretatio* alla legge stessa.

Dal quadro che ne emerge, si può dedurre che durante l'età di Costantino l'obbligo di proseguire il processo si riferisse ad entrambe le parti, senza riportare in vita l'antico principio della condanna automatica del contumace.

Inoltre, con Costantino ci si allontana anche dalla regola ulpiana in base alla quale la contumacia dell'attore generava una semplice decadenza dell'*edictum premporium*.

Tuttavia esistono delle voci discordanti in dottrina²⁶² secondo le quali esisterebbero, invece, delle testimonianze relative alla sanzione della perdita della controversia emessa nei confronti dell'attore contumace.

Innanzitutto ci sarebbero due *Relationes* di Simmaco, risalenti al 384- 385, quindi coeve alle fonti prima ricordate.

La prima è la numero 32 e riguarda una lite tra Teodoro e Flaviano: Teodoro, attore, dopo aver dato inizio al processo non si presenta

²⁶² L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 178 ss.; M. A. VON BETHMANN- HOLLWEG, *Der römische* cit., pag. 238 nt. 27.

nel *dies legitimus*. *Eupraxius*, giudice adito, decreta la decadenza della controversia. Dopo dieci anni Teodoro vuole riproporre di nuovo l'azione questa volta nei confronti dei successori del defunto Flaviano, richiedendo una rimessione in termini allo stesso giudice. La *reparatio*, però, non viene concessa poiché il termine per richiederla²⁶³ era scaduto da moltissimo tempo, e non a causa della contumacia di Teodoro.

Ed è proprio questa la ragione per cui non si può pensare ad una condanna automatica dell'attore resosi contumace, perché, al contrario, questo testo sembrerebbe confermare la tesi secondo la quale la causa non era mai giunta ad una decisione nel merito dato che Teodoro aveva avvertito la necessità di riproporre la medesima azione alcuni anni dopo; dunque, non c'era stata nessuna sentenza di condanna nei suoi confronti che diversamente gli avrebbe precluso la possibilità di ripresentare istanza allo stesso giudice. Addirittura sembrerebbe esserci una reviviscenza della decadenza del solo editto prevista da Ulpiano²⁶⁴.

L'altra *relatio* è la numero 39: Musa, divenuta maggiorenne, intenta un'azione nei confronti del suo ex-*tutor* che tramite raggiri ed artifici aveva assegnato metà della sua eredità ad un terzo; purtroppo Musa aveva lasciato decorrere il termine per dare avvio al processo, ma le era stata concessa la rimessione in termini; la causa, comunque, non aveva potuto avere inizio, poiché nell'ultimo giorno utile il giudice era stato dichiarato incompetente; viene richiesta, allora, una seconda *reparatio temporum*, sulla cui concessione sorgono dei forti dubbi di legittimità per cui viene adito il tribunale imperiale che emette una sentenza favorevole ai convenuti presenti, poiché Musa non si era presentata nel *dies legitimus*. L'Aru ritiene che tale sentenza sia una decisione

²⁶³ Si ricordi, di quattro mesi.

²⁶⁴ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 161. e nt. 106.

di merito vera e propria, che simboleggerebbe, quindi, un ritorno al principio della condanna automatica del contumace²⁶⁵.

Tuttavia sembra preferibile la lettura che viene offerta dalla Bel-
lodi Ansaloni che, riprendendo il richiamo fatto da Simmaco alla *Con-
stantiniana lex*, quale motivazione addotta dalla cancelleria imperiale,
indicherebbe che Musa ha perso la causa non perché *contumax*, ma per
aver commesso un grave errore di procedura, dato che il provvedimento
di Costantino concedeva la rimessione una volta soltanto. E dunque, la
relatio numero 39 non riguarderebbe specificamente la tematica della
condanna dell'attore contumace, bensì la concessione di una seconda
*reparatio temporum*²⁶⁶.

La parte della dottrina, che sostiene la condanna automatica
dell'attore contumace, richiama una costituzione di Valentiniano ripor-
tata in C. Th. 10. 13. 1, riguardante il processo dei delatori. In partico-
lare qui si afferma che l'attore contumace sarà condannato al paga-
mento delle spese processuali del convenuto e alla perdita della lite.
Però, proprio il carattere pubblicistico del processo cui il provvedi-
mento fa riferimento deve far riflettere, perché in tale ambito era ovvio
che l'interesse pubblico era prevalente rispetto a quello privato dell'at-
tore.

Un testo di Giunio Mauriciano contenuto in D. 49. 14. 15. 4 da-
rebbe ulteriori elementi sulla condanna dell'attore delatore contumace.
Il giurista afferma che, una volta citato il *delator* per tre volte, e non
essendosi costui presentato in giudizio, il giudice avrebbe emesso una
sentenza favorevole al *possessor* convenuto.

²⁶⁵ L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 178 ss.

²⁶⁶ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pag. 163.

Però, le ultime fonti appena riportate sui processi dei delatori non possono essere riferite anche ai processi civili, poiché nella stessa epoca nella procedura civile si applicava ancora il principio della decadenza del solo editto perentorio.

Un interessante confronto è anche quello tra *cognitio* civile e processo di *abolitio*, dove viene concessa una sorta di *iusta causa* al delatore che avesse iniziato un processo per un errore scusabile, senza che fossero emesse delle sanzioni nei suoi confronti.

In questa specifica ipotesi, se fosse stato il convenuto a rendersi contumace, non ci sarebbe stata una condanna automatica poiché l'attore avrebbe comunque dovuto presentare le allegazioni necessarie a convincere il giudice; quando invece l'attore si fosse trovato nella condizione di *contumax*, c'era l'automatica assoluzione del convenuto.

Sembra interessante anche un'*edictum* di Onorio, contenuto in C. Th. 10. 10. 31, sulla *vindicatio caducorum*, in cui ancora una volta si rinviene una disciplina non applicabile ai processi di natura civile.

In particolare, il *petitor* che non si fosse costituito entro un anno dall'inizio del giudizio sarebbe stato sanzionato con la perdita dello stesso e il pagamento delle spese processuali al convenuto. Quindi c'è un'identità di trattamento della contumacia dell'attore e del convenuto.

In diritto criminale l'assenza dell'accusato e dell'accusatore sono equiparate, come testimonia un brano di Papiniano riportato in D. 48. 1. 13. Questo passo riprende il *SC Turpillianum*²⁶⁷ in base a cui tali soggetti avrebbero potuto giustificare la loro assenza presentando una idonea motivazione, senza distinzione tra attore e convenuto. Lo stesso Pa-

²⁶⁷ Così identificato da L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992, pagg. 83 ss.

piniano, sempre in relazione al regime delle *exscusationes*, offre un'altra testimonianza in D. 48. 1. 10, in cui si stabilisce che il convenuto assente sarà condannato solo dopo la triplice citazione, mentre se l'assente è l'attore affinché venga pronunciata la *calumnia* nei suoi confronti, sarà necessario non solo che la citazione sia stata correttamente eseguita, ma è richiesta anche la presenza in giudizio del convenuto.

A partire dalle *Relationes* di Simmaco, sino alla testimonianza di Papiniano, non sembra esserci alcun ritorno al passato, nessuna riapplicazione della norma che prevedeva la condanna automatica del contumace, poiché tutte queste fonti si riferiscono a problemi di natura diversa, e, spesso, a processi fiscali o criminali.

Prima della disciplina giustinianea, esiste un'altra fondamentale testimonianza riguardante la contumacia dell'attore, data dall'intervento di Valentiniano III contenuto in Nov. Val. III 35. 14²⁶⁸. In essa l'imperatore stabilisce che l'attore, dopo aver proceduto alla notifica del tipo di azione cui voleva ricorrere contro il convenuto, deve allo stesso tempo predisporre le allegazioni necessarie e idonee a sostegno della propria pretesa, altrimenti avrebbe cagionato un danno alla parte avversaria. Tale principio era già stato previsto in costituzioni precedenti di Costantino riportate in C. Th. 2. 7. 1 = C. I. 3. 11. 2 e C. Th. 2. 7. 2 = C. I. 2. 52. 6, che si occupavano delle dilazioni processuali. Quello che, però, rileva maggiormente per la presente analisi è che l'imperatore afferma che l'attore che non provveda alla raccolta del materiale probatorio per poter far proseguire il giudizio nel termine di quattro mesi, sarà sanzionato non solo al pagamento delle spese processuali, ma perderà anche l'istanza. Si registra, dunque, un ritorno alla regola espressa

²⁶⁸ Nel paragrafo precedente è stata menzionata la Nov. Val. III 35. 15 relativamente alla contumacia del convenuto.

da Ulpiano secondo la quale il convenuto sarebbe stato liberato dalla lite, ma l'attore, vedendo decadere la sola istanza, avrebbe potuto successivamente ripresentare la stessa domanda in una nuova azione.

E' emblematica questa Novella, perché ci permette di capire che le riforme che erano state predisposte da Costantino ben presto non vennero più seguite, per tornare, invece, alla regola classica²⁶⁹.

4. Il processo civile contumaciale nell'epoca di Giustiniano

Nell'età giustiniana il processo di cognizione straordinaria giunge ad una sistematizzazione più unitaria, e tale processo riguarda anche la disciplina della contumacia, che presentò non pochi problemi di adattamento coordinamento tra la precedente disciplina relativa alla *defensio* e le evoluzioni che già c'erano state nei secoli precedenti circa il processo contumaciale, poiché accanto alle norme dettate in maniera specifica sulla contumacia, continuava ad essere riportate quelle relative alla *indefensio* formulare. Problemi dello stesso genere sorgono anche in relazione alla previsione di precetti peculiari per la *latitatio* e l'*absentia*, il cui diverso regime rispetto prima all'*indefensio* e poi alla *contumacia*, continua ad essere applicato anche nel diritto giustiniano²⁷⁰.

²⁶⁹ L. ARU, *Il processo* cit., pag. 185, criticando la lettura di A. STEINWENTER, *Studien* cit., pag. 71, afferma che le regole riportate nel Codice Teodosiano non rappresenterebbero un elemento di discontinuità col diritto classico che viene ripreso nella Novella di Valentiniano III, poiché esse sarebbero il vero diritto classico non accettato dai compilatori giustiniane; l'ARU, infatti, ha sempre ritenuto fortemente interpolato il frammento ulpiano contenuto in D. 5. 1. 73. 2.

²⁷⁰ G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 214 nt. 53.

Quella giustiniana è la più tarda e moderna rappresentazione del processo contumaciale romano.

Le forme di citazione di questo periodo sono state già analizzate nel primo paragrafo del presente capitolo e ad esse si rimanda per la disciplina sulla introduzione del giudizio giustiniano.

L'Aru, contestato dal Provera, propone tre ipotesi per la procedura contumaciale per quanto riguarda la condotta del convenuto e due per quella dell'attore, in relazione al momento della *litis contestatio*. Tali ipotesi sono: il convenuto si nasconde e quindi la citazione diventa impossibile; il convenuto o l'attore non si presentano nell'ultimo giorno utile per il processo, quindi la contumacia in questo caso sarebbe anteriore alla *litis contestatio*; infine, il convenuto o l'attore non compaiono in giudizio durante il processo, dunque dopo la *litis contestatio*²⁷¹.

4. 1 La contumacia del convenuto in diritto giustiniano

La prima ipotesi individuata dall'Aru è la cosiddetta contumacia iniziale²⁷², allorquando il convenuto si occulta rendendo vano il tentativo di citarlo in giudizio, impedendo all'*exsecutor* di consegnarli il *libellus conventionis*. A questo punto viene effettuata la triplice citazione o il solo *edictum peremptorium*, e se nemmeno in questo caso il convenuto dovesse rispondere, viene dichiarato *contumax*.

Bisogna, poi, fare una distinzione di regime a seconda che si tratti di *actiones in rem* o *actiones in personam*.

²⁷¹ L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 198 ss., che, inoltre, ricorda che tale contumacia è possibile solo per il convenuto.

²⁷² Contra G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 214 nt. 53, per il quale non si potrebbe parlare in questa situazione di contumacia, bensì di latitanza.

Nelle azioni reali c'era ancora la possibilità di scelta tra il proseguimento del giudizio fino alla sentenza di merito ovvero la richiesta di *missio in bona*²⁷³. Però Giustiniano aveva introdotto un termine temporale, stabilendo che, entro un anno dal giorno in cui il giudice avesse ordinato la *translatio possessionis*, il contumace avrebbe avuto la chance di presentarsi in giudizio e, dopo aver prestato la *cautio suscipiendae litis*, rientrare nel possesso della *res* controversa²⁷⁴; se però l'anno fosse trascorso, egli, per riottenere il possesso, avrebbe dovuto proporre una nuova azione questa volta nelle vesti di attore.

Nelle azioni personali, invece, il creditore attore poteva chiedere al giudice la *missio in bona* solo su delle cose di valore equivalente all'ammontare del debito; a seguito della *missio*, trascorsi i termini previsti, c'era la *bonorum distractio*, quindi la vendita del patrimonio effettuata per singoli beni. Il termine tra la *missio* e la *bonorum distractio* non è specificato nelle fonti in maniera precisa²⁷⁵, e i glossatori presentarono diverse ipotesi: per alcuni il termine era di due mesi, per altri di un anno, per altri ancora di due anni²⁷⁶. Accursio ritenne che la durata era rimessa interamente al libero arbitrio del giudice, ma questa interpretazione cozzerebbe con quanto sancito in C. 7. 72. 10. 2, prima citata, poiché l'imperatore afferma che la durata è decisa da lui, non dal giudice.

²⁷³ C.I. 7. 43. 8 (Imp. Diocl. et Max. a. 290), già precedentemente menzionata.

²⁷⁴ C.I. 7. 39. 8. 3 (Imp. Iust. a. 528).

²⁷⁵ C. I. 7. 72. 9 (Imp. Gord. a. 299) parla di *tempore autem transacto*; C. I. 7. 72. 10. 2 (Imp. Iust. a. 532) riporta l'espressione *post definitum a nobis tempus*.

²⁷⁶ Rifacendosi a diverse fonti, rispettivamente: D. 42. 1. 31 (Call. 2 *cogn.*); C.I. 8. 33. 3. 3b (Imp. Iust. a. 530).

La dottrina romanistica, in particolar modo il Bethmann- Hollweg e il Filomusi Guelfi, ritiene che non sia possibile alcuna supposizione su tale termine, destinato a rimanere incerto²⁷⁷.

Veniamo ora alla seconda ipotesi di contumacia, anch'essa previa alla *litis contestatio*, congetturata dall'Aru: la contumacia del convenuto all'udienza.

Essa si verificava quando il convenuto regolarmente citato non si fosse presentato nel giorno stabilito nel momento in cui aveva prestato la *cautio*. Poteva capitare, però, che egli avesse prestato dei fideiussori, contro i quali l'attore avrebbe potuto esperire un'*actio* diretta al *quantum ea res erit* se non era stata precedentemente stabilita un determinato ammontare²⁷⁸.

Il fideiussore, però, poteva anche decidere di non dare immediatamente la somma, e, trascorso il tempo indicato nella garanzia, contro di lui si poteva ricorrere ad un'azione penale. Se il tempo fissato era inferiore a sei mesi, allora poteva essergli concesso un ulteriore semestre, in cui, se avesse esibito il convenuto sarebbe stato esonerato da qualsiasi tipo di responsabilità. Se, al contrario, il termine era superiore a sei mesi, scaduto il primo semestre poteva assumere la difesa del convenuto, con l'obbligo di continuarla fino alla fine della controversia, ovvero, quando fosse spirato il secondo termine non avrebbe potuto procedere alla *defensio* ma sarebbe stato costretto al pagamento della penale, se il *vocatus* non fosse morto nella prima scadenza, il che sa-

²⁷⁷ A.M. VON BETHMANN- HOLLWEG, *Der römische* cit., pag. 305 nt. 23; F. FILOMUSI GUELF, *Il processo* cit., pag. 83 nt. 4.

²⁷⁸ D. 2. 8. 2. 5 (Ulp. 5 *ad ed.*).

rebbe stata una causa di esclusione di responsabilità. Qualora il convenuto fosse deceduto entro la seconda scadenza, doveva pagare la penale prevista nella garanzia²⁷⁹.

Tuttavia nascevano dei dubbi nel caso in cui il fideiussore non avesse dato alcuna garanzia per dimostrare la sua posizione, poiché si doveva capire se egli potesse essere liberato trascorsi due mesi, così come stabilito dagli editti generali sulla fideiussione senza scrittura, ovvero se gli si dovesse applicare la disciplina prevista per la fideiussione scritta; inoltre, bisogna anche considerare la differenza tra cause pubbliche e private, se in entrambi i casi il regime normativo utilizzabile fosse o meno il medesimo.

In una costituzione giustiniana, riportata in C. 8. 40. 27, si afferma che se l'obbligazione dei *fideiussores* non era stata redatta in forma scritta, anche se fossero presenti dei testimoni, era da considerarsi come stipulata verbalmente in caso di lite privata e quindi era possibile la loro liberazione trascorsi due mesi²⁸⁰; se invece si trattava di una controversia pubblica allora la testimonianza assumeva valore di prova scritta.

Un altro intervento di Giustiniano, riportato in Nov. 53. 4²⁸¹, stabilisce che, in caso di *cautio iuratoria* da parte del convenuto, in caso di sua assenza dalla città prima della *litis contestatio*, l'attore possa adire il giudice competente e denunciare la situazione, e il giudice, se si

²⁷⁹ C.I. 8. 40. 26 (Imp. Iust.a. 530).

²⁸⁰ Sempre che la *fideiussio* non prevedesse un termine determinato.

²⁸¹ E' probabile che parte della costituzione contenuta in questa Novella sia andata persa, in particolare il frammento in cui Giustiniano pare avesse previsto che la sentenza contumaciale dovesse essere emessa *in diem peremptorii*. A. STEINWENTER, *Studien* cit., pagg. 89 ss., ritiene che siano maggiori le lacune relative al processo contumaciale giustiniano nel *Corpus Iuris Civilis*, inoltre non ci sarebbe pervenuto nemmeno un editto in materia scritto probabilmente da Basileide, membro della commissione del *Codex vetus*.

trattava di un magistrato di grado elevato, avrebbe potuto ordinare l'arresto del convenuto per spergiuro, se, invece il giudice era un delegato, il caso sarebbe passato al delegante²⁸². Il giudice avrebbe dovuto indagare nel luogo dove si riteneva si fosse nascosto il convenuto, intimandogli un termine di comparizione, trascorso il quale avrebbe proceduto all'esame della causa e disposto la *bonorum possessio* a favore dell'attore in proporzione all'ammontare del debito, come pegno per il suo credito. Se il convenuto si fosse deciso a comparire in giudizio, oltre a dover risarcire le more all'attore, avrebbe dovuto dare un *fideiussor*, dopodiché il giudizio sarebbe normalmente proseguito.

Relativamente al termine per emettere la sentenza, per l'Aru è verosimile ritenere che il termine fosse quello di un anno in analogia a quello previsto per l'attore. Lo studioso riporta un esempio, contenuto è vero nell'ambito del processo di libertà, di una costituzione di Giustiniiano ripresa in C. 7. 17. 1. 2²⁸³.

Questa, dunque, era la disciplina applicabile in caso di contumacia del convenuto prima della *litis contestatio*.

Ora si deve trattare dell'ipotesi in cui il convenuto si renda contumace dopo la contestazione della lite.

In particolare è proprio in questo frangente che l'opera di Giustiniiano è abbastanza incisiva, perché l'imperatore emette una famosa costituzione nota col nome di *lex Properandum*, riportata in C.I. 3. 1. 13, in cui veniva sancito che la durata massima dei processi era fissata in tre anni che decorrevano dal giorno in cui era avvenuta la *litis contesta-*

²⁸² Il delegante poteva essere o un magistrato di rango superiore o l'imperatore stesso.

²⁸³ L. ARU, *Il processo* cit., pagg. 204 ss. Inoltre si veda nt. 399.

tio, dopodiché, trascorso tale termine, tutti gli atti e le attività processuali sino a quel momento compiute erano nulle. Seguiva poi nella costituzione tutta una serie di norme relative alla contumacia, stabilendo, inoltre, una totale equiparazione del regime applicabile tra azioni reali e personali. La parificazione tra attore e convenuto fu, però, la parte che più ha influenzato il regime della contumacia, come in seguito si vedrà²⁸⁴.

Nel caso di contumacia del convenuto, la *lex* sanciva che si procedeva con la triplice citazione, che, se rimasta evasa, non paralizzava il processo che sarebbe normalmente continuato, sebbene, unilateralmente, con l'esame della causa fino alla sentenza di merito, che avrebbe potuto condannare il convenuto permettendo di avviare nei suoi confronti la procedura esecutiva per ottenere la *missio in possessionem rerum contumacis*. La *bonorum possessio* assumeva ora carattere definitivo, perché al convenuto non veniva più concessa la possibilità di dare dei fideiussori o comunque di proporre un'azione per riottenere il possesso della *res*.

4. 2 La contumacia dell'attore in diritto giustiniano

Si è prima affermato che la cosiddetta contumacia iniziale potesse riguardare, per ovvi motivi, il solo convenuto e non l'attore.

Tuttavia anche l'attore poteva rendersi *contumax* prima della *litis contestatio*.

²⁸⁴ Inoltre, si deve sottolineare come la *lex Properandum* non sia rimasta in vigore a lungo, dato che già nel 538 e nel 541 vennero emesse delle costituzioni che derogavano alle norme in essa riportate (ad es. Nov. 65. 2).

Giustiniano riprende la norma introdotta da Valentiniano III, per la quale in caso di assenza dell'attore, il convenuto sarebbe stato liberato dall'osservanza del giudizio, mentre l'attore avrebbe dovuto pagarli le spese processuali.

L'attore, così come il convenuto, doveva prestare una *cautio fideiussoria* o *iuratoria*, in cui si obbligava a pervenire nel termine di due mesi alla *litis contestatio*, altrimenti avrebbe pagato il doppio delle spese, e, laddove avesse perso la controversia, sarebbe stato tenuto a risarcire il convenuto.

Giustiniano, nel suo intervento riportato in Nov. 112. 2, stabilisce che, se l'attore, dopo aver iniziato una causa, non fosse comparso in giudizio, il convenuto poteva chiedere al giudice competente di citare l'attore ovvero il suo *procurator* a comparire. Il giudice avrebbe, allora, proceduto con la triplice citazione, con trenta giorni di intervallo tra una *evocatio* e la successiva, tramite l'ausilio del *praeco* o tramite *edicta*. Qualora non ci fosse stata ancora la *litis contestatio*, ma il convenuto avesse ricevuto una citazione tramite libello o rescritto imperiale, egli poteva presentarsi in giudizio e chiedere al giudice di chiamare la controparte, e se questa non si fosse presentata, si sarebbe applicato il regime della causa ordinaria, per cui veniva concesso il termine di un anno per la comparizione, trascorso il quale si procedeva all'esame della causa e alla decisione di merito. Se, invece, l'attore compariva entro l'anno, avrebbe dovuto pagare le spese processuali al convenuto, per permettere la ripresa regolare del processo. Laddove la sua comparizione avesse avuto come unico fine quello dell'interruzione del termine di prescrizione, limitandosi a pagare le sole spese processuali e assentandosi nuovamente prima della fine della lite, sarebbe decaduto

da qualsiasi tipo di azione contro il convenuto, per la gravità della sua condotta.

Un'ulteriore ipotesi si ha quando la causa era stata iniziata in un luogo diversa da quello dove risiedeva il convenuto. In questa situazione Giustiniano afferma che, giunto il termine per la presentazione delle allegazioni e la presentazione, l'attore che non fosse comparso nel termine di dieci giorni, dopo aver dato dei fideiussori, sarebbe stato costretto al pagamento delle spese di viaggio del convenuto, che sarebbe stato autorizzato dal giudice a ripartire, spese che poteva essere richieste ai garanti, e poteva anche capitare che l'ammontare fosse maggiore rispetto a quello effettivamente pagato, ma ciò accadeva come una sorta di "punizione" per l'attore.

Questa la disciplina in caso di contumacia dell'attore prima della *litis contestatio*.

Nel caso di mancata comparizione dopo la *litis contestatio*, si applicava anche per l'attore la disciplina prevista dalla *lex Properandum*, che, come si è già detto in precedenza, aveva sostanzialmente equiparato le figure dell'attore e del convenuto sotto il profilo della contumacia.

Giustiniano stabilisce che, trascorso due anni e mezzo dei tre previsti per la durata del processo, su richiesta del convenuto, in caso di assenza dell'attore, il giudice poteva procedere alla triplice citazione, a distanza di dieci giorni tra l'una e l'altra. Dopodichè, passava all'esame della causa e se non si fosse convinto a sufficienza, avrebbe potuto semplicemente esonerare il convenuto dall'osservanza del giudizio condannando l'attore al pagamento delle spese processuali. Se invece il giudice fosse giunto ad una conclusione dalle risultanze a lui disponibili, avrebbe emesso la decisione di merito, potendo anche dare una sentenza

di condanna del convenuto presente in giudizio, mentre, se questa fosse stata di assoluzione, il convenuto sarebbe stato liberato da qualsiasi altra azione nei suoi confronti.

5. La sentenza contumaciale e il “divieto” di *appellatio*

Da quanto esposto fino a questo momento sulla disciplina della contumacia, si è chiarito che in questa ipotesi di mancata comparizione di una delle parti in una *cognitio extra ordinem*, il giudice potrà comunque proseguire il giudizio per accertare la cosiddetta *veritas rei* fino all’emissione del provvedimento di merito, la *sententia*.

Dunque, pare opportuno ora capire il valore della sentenza nei confronti del soggetto che si fosse reso *contumax*.

Come giustamente rilevato dal Biondi dal IV secolo nasce un nuovo concetto di sentenza, per il fatto che il processo aveva assunto un profilo maggiormente pubblicistico, a causa dello stringente intervento dell’autorità statale, conferendo maggiori *potestates* al giudice, diventato ormai espressione diretta del potere imperiale²⁸⁵.

La sentenza assume una nuova connotazione e rilevanza, considerando anche la particolare possibilità che in caso di processo contumaciale il giudice si sarebbe potuto liberamente esprimere anche a favore della parte non comparsa.

²⁸⁵ B. BIONDI, *Appunti cit.*, pag. 455.

Chiaramente, si sta parlando qui di una sentenza emessa nei confronti di un *contumax*, non dell'*absens*, per il quale si prevede un diverso regime normativo²⁸⁶.

Ulpiano, in un brano riportato in D. 49. 1. 14. 1, si esprime sull'efficacia della sentenza di condanna nei confronti dell'erede contumace nei confronti dei terzi, in questo caso i legatari. Nel rispondere a questa questione, il giurista riporta una *epistula* dei *Divi Fratres* dove gli imperatori avevano affermato che la sentenza contumaciale è valida ed efficace solamente nei confronti del soggetto che si è reso contumace, non potendo essa toccare e pregiudicare gli eventuali interessi dei terzi.

Dal brano ulpiano sembrerebbe discendere un principio di applicazione generale, che si ritrova anche in un passo di Macro richiamato in D. 49. 8. 1. 3, dove, però, viene analizzato il caso dell'*absens*, ovvero colui che non sia stato regolarmente *vocatus* in giudizio, e nel farlo il giurista rammenta l'importanza della regolare citazione come base del processo contumaciale e della conseguente sentenza.

In base a queste prime considerazioni, quindi, si può desumere che la sentenza emessa nei confronti del soggetto che si è reso contumace, pur essendo stato regolarmente citato, è assolutamente non solo valida ed efficace, ma come si vedrà in seguito anche definitiva.

Fondamentale è, allora, la volontarietà della condotta del contumace.

Lo stesso ragionamento viene fatto dall'imperatore Gordiano in un *rescriptum* rintracciabile in C.I. 7. 43. 2, in cui viene sancita, come regola certa di diritto, che, in caso di contumacia volontaria, il processo

²⁸⁶ Del quale si parlerà in maniera più estesa nell'ultimo capitolo dedicato alla *latitatio* e alla *absentia*.

non avrebbe subito alcun arresto, ma si sarebbe concluso con la sentenza di merito. La contumacia cui fa riferimento tale rescritto non era solo quella derivante dall'inosservanza dell'*edictum peremptorium*, ma, poteva anche darsi il caso che il soggetto fosse stato solo *admonitus*, quindi citato con un invito non formale; dunque, ancora una volta si evidenzia che l'elemento fondamentale era la volontarietà della condotta²⁸⁷.

L'imperatore aveva chiarito che il valore di *res iudicata* della sentenza contumaciale era sempre il medesimo qualora il processo fosse iniziato a seguito di una regolare citazione rimasta inevasa, sotto qualsiasi forma essa fosse stata fatta.

Nello stesso senso sembra deporre la testimonianza di Paolo racchiusa in Paul. Sent. 5. 5a. 6 dove il giurista dice che il soggetto citato in giudizio, non importa se tramite la triplice citazione o il solo editto perentorio, dovrà presentarsi dinanzi al giudice e se non lo farà il processo continuerà ugualmente fino alla decisione di merito che assumerà il carattere, la forza, l'*auctoritas* di cosa giudicata. Stesso discorso viene fatto, sempre dallo stesso giurista, in caso di processi fiscali, come testimonia il passo riportato in Paul. Sent. 5. 5a. 5b.

Sulla stessa corrente di pensiero si trova anche l'intervento di Valentiniano I, la cui costituzione viene ripresa in C. Th. 11. 31. 5, dove si afferma che sia necessario dover correttamente citare in maniera ufficiale il convenuto, che, se decide volontariamente di non presentarsi in giudizio, dovrà pagare una *poena* pecuniaria ed, inoltre, non causerà l'interruzione del processo, che continuerà il suo normale iter, per cui, il magistrato esaminerà la lite e dalle risultanze emerse in essa emetterà

²⁸⁷ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 192 ss. e nt. 9.

il provvedimento finale di merito, sempre ispirandosi ai principi della *aequitatis ratio* e dei *iuris praescripta*.

Un'ulteriore testimonianza relativa all'emissione della sentenza, tra l'altro inappellabile, nei confronti del *contumax*, proviene da una *epistula* di Graziano e Valente²⁸⁸, i quali esprimono il loro disappunto con toni molto duri nei confronti del vicario Aquilino circa i processi nei confronti dei cosiddetti *rebaptizatores*, scismatici seguaci dell'anti-papa Ursino poi scacciato dallo stesso Graziano. Gli imperatori, in particolare, lamentavano il fatto che Aquilino non avviava alcun tipo di processo contro questo gruppo, né ordinario né contumacia. E proprio relativamente alla mancata comparizione, si stabiliva che laddove essa non fosse stata ricollegabile all'ipotesi di contumacia, sarebbe stato possibile procedere all'impugnazione della sentenza per ottenerne un riesame dagli organi giudicanti competenti.

Anche nel secolo successivo sembra che le norme continuino ad ispirarsi allo stesso principio. In particolare è possibile menzionare una novella di Teodosio II, riportata in Nov. Th. 7. 2. 3, che si occupa della legittimazione per l'opposizione della *praescriptio fori*. Inoltre, essa stabilisce che i trasgressori che non si siano presentati dinanzi al giudice competente, di cui abbiano senza giusta motivazione rifiutato la giurisdizione, saranno considerati contumaci, e questo avrà come conseguenza la prosecuzione del giudizio fino alla sentenza di merito. Non sembrano esserci dubbi in relazione al termine *adversus* che si rinviene in questo brano, che, come nota la Bellodi Ansaloni, non riprenderebbe

²⁸⁸ Col. Avell. 13 (Impp. Grat. et Val.).

l'antico principio della condanna automatica del contumace, ma starebbe ad indicare semplicemente la pronuncia della sentenza "nei confronti" dei soggetti qui considerati, ossia i contumaci²⁸⁹.

Nello stesso anno l'imperatore Valentiniano III emana una novella, riportata in Nov. Val. III 8. 1 ed indirizzata a *Pierius, praefectus urbi* della città di Ravenna. Tale intervento si riferisce agli *invasores*, e cioè coloro che abbiano approfittato dell'assenza del possessore per occuparne il fondo, senza procedere regolarmente in giudizio²⁹⁰. A tal proposito l'imperatore statuisce che in queste ipotesi, quando ancora non ci sia stata una sentenza definitiva nei confronti del convenuto, presente o contumace, il giudice ordinerà la reintegrazione del possesso e l'*invasor* sarà dichiarato soccombente e sanzionato al pagamento di una somma corrispondente al valore della proprietà da lui usurpata. E' interessante notare che Valentiniano III afferma che solo in due situazioni è possibile pronunciare sentenza, in presenza o in contumacia del convenuto, sentenza che in entrambi i casi avrà forza e valore di *res iudicata*.

Da tutte le testimonianze in questo paragrafo richiamate sembra chiaro che il principio del carattere definitivo della sentenza contumaciale, e del suo valore di cosa giudicata, sia senza alcun dubbio riconosciuto nel diritto romano²⁹¹. Infatti, alla volontaria scelta di non presen-

²⁸⁹ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 196 ss.

²⁹⁰ Il caso cui fa riferimento la novella è quello di un fondo urbano, ma l'imperatore estende lo stesso regime normativo anche nell'ipotesi di fondo rustico.

²⁹¹ Circa la possibilità di contumacia nel processo di appello le fonti sono davvero scarsissime di notizie, ma sembra verosimile ritenere che lo stesso principio previsto per la sentenza contumaciale di primo grado fosse applicabile anche nell'*appellatio*, almeno secondo quanto testimoniato da C. Th. 11. 31. 5 (Impp. Valent., Val. et Grat. a. 373), in cui Valentiniano I afferma in maniera categorica che nel giudizio di secondo grado dovranno essere applicati gli stessi principi della precedente fase. R. ORESTANO, *L'appello in diritto civile romano*, Torino, 1953, pagg. 412 ss.; L. FANIZZA, *L'assenza cit.*, pagg. 109 ss.; G.

tarsi in giudizio nonostante la regolare citazione, seguirà quello che Ermogeniano chiama *damnum litis*, consistente non solo nella prosecuzione del giudizio, dove naturalmente la parte presente potrà presentare tutte le allegazioni a sostegno della propria tesi senza contraddittorio con la controparte, ma anche e soprattutto nella sottoposizione del contumace ad una sentenza che sarà inappellabile.

In generale, le cause di esclusione del *ius appellandi* sono quattro: la contumacia nel giudizio di primo grado; la preventiva rinuncia all'impugnazione; il *iusiurandum* e la *confessio*; infine, l'intervenuta accettazione della sentenza. Tra queste la più importante è sicuramente l'ipotesi di contumacia, anche per i problemi esegetici relativi alle fonti che se ne occupano²⁹².

La prima disposizione certa in materia è data da un intervento di Caracalla, riportato in C.I. 7. 65. 1, dove si afferma che l'appello presentato da colui che si è reso contumace nel giudizio di primo grado non può essere accolto.

Inoltre, nella stessa costituzione si dice che la sentenza contumaciale è valida e pienamente efficace solo se il giudizio di primo grado sia iniziato dopo una regolare citazione e se il giudice abbia sommariamente esaminato la controversia prima di pronunciare la propria decisione.

CERVENCA, *Studi cit.*, pagg. 291 ss., ritengono, però, che la mancata comparizione nel giudizio di appello vedrebbe rivivere il principio per cui la sentenza sarebbe stata favorevole alla parte presente, per cui in caso di contumacia dell'appellato la sentenza di primo grado sarebbe stata riformata a favore dell'appellante, mentre, se non si fosse presentato l'appellante sarebbe rimasta valida ed efficace. Questa interpretazione, tuttavia, come nota A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 232 ss., non può essere condivisa per la costituzione di Valentiano I prima ricordata che stabiliva l'applicazione della stessa disciplina del primo grado di giudizio.

²⁹² R. ORESTANO, *L'appello cit.*, pagg. 352 ss.

Anche Papiniano si occupa del divieto di *appellatio* a carico del contumace in un *responsum*, pervenutoci in D. 49. 1. 23. 3, dove il giurista ricorda che il soggetto citato con editto perentorio, laddove non si sia presentato in giudizio rendendosi contumace, pur essendoci la possibilità di appello, non potrà vedere accolta la sua richiesta di riesame, per cui il provvedimento di primo grado sarà efficace e definitivo a tutti gli effetti.

Oltre a Papiniano, Ulpiano, in D. 5. 1. 73. 3, afferma che l'assente *ex peremptorio* (ossia il *contumax*) non deve essere ascoltato se presenti richiesta di appello poiché nel giudizio di primo grado si era reso assente per contumacia; se, invece, la mancata comparizione è dovuta a cause diverse da questa, allora potrà ricevere ascolto.

E' particolare analizzare il termine *audire*, utilizzato dal giurista in questo brano, perché l'utilizzo di questo verbo ci fa capire, come ha rilevato correttamente la Bellodi Ansaloni, che il *contumax* in primo grado poteva proporre *appellatio* ma la sua richiesta non sarebbe stata accolta, non avrebbe avuto l'autorizzazione al riesame. Qualora, però, lo stesso soggetto riesca nella propria istanza d'appello a dimostrare una giusta causa per la sua assenza, allora si potrà procedere con il secondo grado. Dunque, il divieto di *ius appellandi* indicherebbe, in altre parole, un "rifiuto di autorizzazione", più che un divieto in senso letterale. Infatti il giudice di primo grado dovrà preliminarmente esaminare la richiesta di appello per capire se la *iusta causa* riportata sia o meno valida, e solo a seguito di questa cognizione potrà decidere se autorizzare o meno il riesame ovvero di rigettare l'istanza²⁹³.

²⁹³ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 214 ss. Si veda anche R. ORESTANO, *L'appello cit.*, pagg. 358 ss.

Un'ulteriore conseguenza di questo ragionamento è che solo al termine dell'appello si potrà eventualmente dichiarare invalida la sentenza del grado di giudizio precedente, poiché la sola concessione del riesame non significa automaticamente dichiarare l'invalidità della decisione di primo grado, per la quale, appunto, sarà necessario procedere ad un ulteriore esame di merito da parte del giudice, anche sulla scorta delle allegazioni dimostranti la *iusta causa* dell'assenza in primo grado.

La stessa impostazione continua a persistere anche alla fine del IV secolo, come dimostra una costituzione di Valentiniano, Teodosio e Arcadio, riportata in C. Th. 11. 36. 28, dove si stabilisce che oltre al pagamento di una multa, i contumaci non avranno la possibilità di chiedere l'appello a causa della loro condotta nel giudizio di primo grado, come confermato anche in *Paul. Sent.* 5. 5a. 6a.

PARTE SECONDA

CAPITOLO III

LA INDEFENSIO NEL PROCESSO *PER LEGIS ACTIONES* E NEL PROCESSO *PER FORMULAS*

1. La mancata collaborazione delle parti nel processo *per legis actiones*-
 1. 1 La mancata collaborazione delle parti nella *legis actio sacramenti in rem*-
 1. 2 La mancata collaborazione delle parti nella *legis actio sacramenti in personam*-
 1. 3 La *legis actio per manus iniectioem*. La mancata collaborazione delle parti può influenzarla?-
 1. 4 La mancata collaborazione delle parti nelle *legis actiones per iudicis arbitrive postulationem* e *per conductionem*-
2. La cosiddetta *indefensio* nel processo *per formulas*-
 2. 1 La *lex Rubria de Gallia Cisalpina* e la cd. *indefensio* nelle *actiones in personam*-
 2. 2 La cd. *indefensio* nelle *actiones in rem*-
 2. 2. 1 La cd. *indefensio* nella *rei vindicatio* immobiliare e l'*interdictum quem fundum*-
 2. 2. 2 La cd. *indefensio* nella *rei vindicatio* mobiliare e l'*actio ad exhibendum*-
 3. Brevi cenni alla cd. *indefensio* nelle *actiones noxales*

1. La mancata collaborazione delle parti nel processo *per legis actiones*

1. 1 La mancata collaborazione delle parti nella *legis actio sacramenti in rem*

Avvenuta la comparizione in giudizio sia dell'attore sia del convenuto, poteva iniziare l'iter processuale con la fase *in iure*, seguendo le rigide norme che lo regolano, in questo caso per la difesa di un diritto reale.

E, dunque, si tratta di capire quali fossero le conseguenze, nella *legis actio sacramenti in rem*, di tutta una serie di vicende legate alla (mancata) presenza *in primis* della *res* litigiosa e alla mancata partecipazione del convenuto alla *contra vindicatio*.

In ordine al primo punto, fondamentale è la testimonianza gaiana:

Gai. 4. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: 'hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dix, ecce tibi vindictam imposui', et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat...*

Il testo, che non presenta alcun dubbio esegetico di particolare rilievo, afferma che i gesti rituali che caratterizzavano questo procedimento insistevano direttamente sulla cosa oggetto della controversia, e, quindi, essa doveva necessariamente essere materialmente presente *in*

iure alla stregua delle parti; nel caso di azione su di un bene immobile, dunque di una *res* che per motivi pratici non poteva essere portata in giudizio, era previsto, nell'epoca più risalente, che il magistrato si recasse sul fondo e che le parti procedessero al *manum conserere*; in un periodo successivo, invece, non si richiedeva più la presenza del magistrato sul luogo ma era permesso all'attore di portare in giudizio una parte simbolica della *res* oggetto di rivendica, attraverso la procedura dell' *ite viam- redite viam*²⁹⁴.

Si individua, pertanto, un altro elemento della *legis actio sacramenti in rem* che presupponeva una attività dell'attore, in quanto a lui spettava il compito di assicurare non solo la presenza del convenuto, eventualmente attraverso -quando fosse stato necessario- metodi coattivi più o meno violenti, ma anche quella della cosa, utilizzando ugualmente la forza nel caso in cui il convenuto si fosse opposto a portare dinanzi al magistrato la *res* litigiosa (o una sua parte simbolica).

Il convenuto, allora, non solo poteva ostacolare l'azione dell'attore rifiutandosi di obbedire alla *in ius vocatio*, ma anche presentandosi in giudizio senza portare con sé la cosa oggetto della lite, al fine di creare ulteriori impedimenti al proseguimento del corretto iter processuale.

Secondo il Provera²⁹⁵, anche in assenza di fonti dirette, deve ritenersi “analogamente” possibile l'utilizzo della forza sia per trascinare

²⁹⁴ Gai. 3. 17 descrive la procedura della *legis actio sacramenti in rem* in caso di rivendica di beni immobili, prevedendo che la parte possa portare in giudizio solo una parte della *res* immobile, ad esempio una pecora invece dell'intero gregge o una zolla di terreno in caso di fondo. Ma tale previsione gaiana farebbe riferimento ad un momento storico più avanzato rispetto a quello descritto da Aul Gell. *noct. Att.* 20. 10. 7- 8, in cui c'è ancora traccia della procedura del *manum conserere* con la presenza del magistrato sul fondo.

²⁹⁵ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 18 ss.

in giudizio il convenuto a seguito del suo rifiuto ad obbedire alla *in ius vocatio* sia per costringerlo a portare con sé in giudizio la *res* litigiosa.

È infatti dalla struttura stessa della *legis actio sacramenti in rem*, che può desumersi questo dato, poichè l'azione non avrebbe potuto svolgersi se la cosa non fosse stata presente *in iure*; essendo all'epoca tale *legis actio* l'unico mezzo di difesa della proprietà privata previsto dall'ordinamento, e mancando degli interventi da parte degli organi pubblici, l'unica opzione, ai fini della tutela del diritto, era quella di lasciare all'iniziativa del privato la possibilità di trascinare materialmente il *vocatus* dinanzi al magistrato e, quando fosse stato necessario, prendere con la forza anche la *res* che il convenuto rifiutava di presentare *in iure* per risolvere la controversia secondo il *ius civile*.

Per l'a., dunque, il rivendicante si vede riconosciuto un potere che insiste sia sul *vocatus* che sull'oggetto della *lis*.

In relazione a questa interpretazione, però, ci sono state molte oscillazioni dottrinali, anche molto risalenti.

Nel caso in cui il *vocatus* avesse ostacolato l'attore ad impossessarsi della *res*, la dottrina meno recente, tra cui il Karlowa, riteneva che si potesse utilizzare la *manus iniectio vocati* con conseguente *addictio* del magistrato ed eventuale intervento di un *vindex*²⁹⁶.

Secondo il Betti²⁹⁷, invece, chi deteneva la *res* non era costretto a seguire in giudizio colui che ne rivendicasse la proprietà né tantomeno

²⁹⁶ O. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess zur Zeit der legis-actionen*, Berlino, 1872, pagg. 381 ss.

²⁹⁷ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955, pagg. 50 ss.

era obbligato a tenere un comportamento attivo rispondendo alla *vindicatio* dell'attore²⁹⁸.

Il Lévy- Bruhl riteneva ammissibile l'uso della forza per obbligare il convenuto non solo a comparire dinanzi al magistrato, ma a comparire insieme alla cosa oggetto della controversia²⁹⁹.

Il Provera sarebbe parzialmente contrario tesi del Betti, basando questa sua critica sull'autorità del Kaser, in particolare sulla sua analisi dell'azione di rivendica. L'iter processuale sarebbe stato attuabile solo quando il detentore della *res* avesse accettato, insieme al rivendicante, di utilizzare la *legis actio sacramenti in rem* come strumento giuridico per risolvere la lite. Laddove ciò non si fosse verificato sarebbe stato necessario l'uso di altri mezzi di difesa, come l'*actio furti*, in caso di rivendica di *res mobiles*, mentre si poteva richiedere l'intervento del magistrato per imporre al convenuto l'impossessamento del fondo da parte dell'attore, quando si trattava di *res immobiles*³⁰⁰.

L'a. afferma, quindi, che l'unica soluzione possibile sia quella dell'uso necessario della forza per assicurare in giudizio la presenza della cosa³⁰¹.

Un argomento a sostegno dell'ipotesi del Provera può trarsi dal *manum conserere*, che le fonti spesso citano in relazione alla rivendica

²⁹⁸ Il PROVERA pare concordare col BETTI circa il secondo punto della sua tesi, ma non sul primo perché ritiene che sia giusto considerare separatamente l'obbligo a seguire in giudizio l'attore da un lato e la (mancata) partecipazione del convenuto alla *contra vindicatio* dall'altro.

²⁹⁹ H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur cit.*, pagg. 159 ss.

³⁰⁰ Pare probabile che proprio da questi rimedi processuali siano poi derivati, nella procedura formulare, l'*actio ad exhibendum* e l'*interdictum quem fundum*, utilizzati in caso di *indefensio* nei processi relativi a diritti reali.

³⁰¹ U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in *Z.S.S.*, 68 (1951), pagg. 325 ss. L'a. afferma: «Der Kläger musste sich dem Erfordernis der Sachpräsenz genügen zu können».

di *res immobiles*, in particolar modo quando questo procedimento rituale si svolgeva nel luogo stesso del fondo oggetto della *vindicatio*³⁰² come testimoniato da:

Aul. Gell., *noct. Att.* 20. 10. 7- 8: «*Manum conserere*»...*Nam de qua re discepatur in iure, in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est «vindicia».*

Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptus est: «si qui in iure manum conserunt».

Il testo di Gellio, seppur con molti dubbi esegetici, sembrerebbe descrivere un momento storico precedente a quello cui Gaio farebbe riferimento per descrivere la *legis actio sacramenti in rem*. Si noti come la rivendica insistesse sulla cosa ed, inoltre, il riconoscimento in capo all'attore di superare con la forza il comportamento reticente dell'altra parte.

Da un'altra fonte, ossia:

Cic. *pro Mur.*, 12. 26:... '*inde ibi ego te iure manum consertum voco*'... '*unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde tibi te revoco*'... '*suis utriusque superstibus prasantibus istam viam dico; ite viam- redite viam*'.

³⁰² C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Milano, 1955, pagg. 113 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in AUPA, 30 (1967), 108, pagg. 457 ss.; contra S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano, 1967, pag. 55.

si potrebbe evincere che, sebbene in un'epoca storica più avanzata rispetto a quella delineata da Gellio, quando ormai non era più necessario che il magistrato si recasse sul luogo dove si trovava la *res* litigiosa, all'attore venisse comunque riconosciuto, tramite le espressioni “*ite viam*” e “*redite viam*”, il potere di usare la forza affinché l'oggetto della lite fosse portato in giudizio dal convenuto³⁰³. Quando si trattava di un giudizio su di un fondo, e quindi era necessaria la presenza anche solo di una zolla dello stesso, poteva accadere che il convenuto non permettesse all'attore di accedere al fondo; in questo caso solo dei terzi potevano spontaneamente sostenere l'attore, non solo in qualità di testimoni, ma anche aiutandolo ad iniziare il rito stesso.

Le soluzioni appena indicate sono valide, però, solo nel caso in cui la controversia verta su beni immobili, poiché, quando la lite riguardava un bene mobile, il *vocatus* poteva molto facilmente nascondere o far perdere le tracce della *res*, causando di nuovo un arresto della procedura. A tal proposito pare che i mezzi utilizzabili per risolvere questa situazione fossero rintracciabili nella disciplina del *furtum*³⁰⁴.

Il caso del *furtum manifestum*³⁰⁵ non presenta particolari problemi interpretativi e applicativi; infatti, in questo caso il *fur* veniva

³⁰³ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., pagg. 117 ss. con puntuali richiami a: Fest. (394- 395, Lindsay) s.v. *superstites*: *Superstites testes praesentes significat. Cuius rei testimonium est, quod superstibus praesentibus inter quos controversia est vindicias sumere iubentur*; Fest. (574, Lindsay) s. v. *vindiciae*: *Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est...De quo Cincius ait “vindiciae oli, dicebantur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant”*.

³⁰⁴ G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 24 ss.

³⁰⁵ Per la definizione di *furtum manifestum* si vedano: D. 47. 2. 3 pr. (Ulp. *ad Sab.*) e Aul. Gell. *noct. Att.* 11. 18. 11.

colto in flagrante e quindi era immediata l'*addictio* da parte del magistrato³⁰⁶. Spesso, tuttavia, non v'era flagranza, ed era necessario verificare chi avesse commesso il *furtum* e/o dove la *res* fosse stata occultata. Alle XII Tavole risale un rimedio rituale, ossia la *quaestio lance et licio* ad opera di colui che fosse stato derubato. Se a seguito della perquisizione fosse stata rinvenuta la *res*, il regime normativo applicato era lo stesso del *furtum manifestum* con conseguente *addictio*³⁰⁷.

Tuttavia Gaio³⁰⁸ ricorda come già da molto tale rituale fosse desueto e richiama un regime di perquisizione scevro di tutte le formalità eccetto la presenza di testimoni:

Gai. 3. 186: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus res quaestua et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.*

Dunque, quando la *res* si ritrovava tramite la perquisizione, ci si trovava di fronte ad una ipotesi di *furtum conceptum*; il giurista si riferisce qui al processo formulare, ma subito afferma che il regime era sostanzialmente lo stesso previsto dalle XII Tavole, in particolar modo con riferimento alla sanzione di una *poena in triplum*³⁰⁹.

³⁰⁶ Gai. 3. 189; Aul. Gell. *noct. Att.* 11. 18. 8. Nel passo di Gellio si ricorda che nell'epoca decemvirale il *furtum manifestum* era ancora oggetto della iniziativa privata, nel senso che il ladro non poteva assolutamente difendersi e avrebbe sopportato l'*addictio* da parte del magistrato, come probabilmente sancivano le XII Tavole: *verberatus addictor cui furtum factum est*.

³⁰⁷ Gai. 3. 192.

³⁰⁸ Gai. 3. 193; allo stesso modo Aul. Gell. *noct. Att.* 16. 10. 8.

³⁰⁹ Gai. 3. 191.

Il De Visscher³¹⁰ ha cercato di ricostruire questo rapporto controverso ipotizzando la possibilità di *addictio* già in epoca decemvirale, come previsto per il *furtum manifestum*, quando fossero stati rinvenuti tutta una serie di indizi di colpevolezza, mentre in assenza di questi, invece, si sarebbe applicato il regime del *furtum conceptum* con la relativa pena, evitabile con la restituzione della *res furtiva*.

Ma la tesi del De Visscher è stata confutata dal Provera, il quale ritiene che il testo gaiano sia assolutamente chiaro e da esso non potrebbe in alcun modo desumersi che colui il quale fosse stato trovato in possesso di una *res furtiva* sarebbe stato trattato alla stregua di un *fur manifestus* se la scoperta fosse avvenuta in seguito ad una *quaestio lance et licio* ovvero sarebbe stato raggiunto da una pena *in triplum* se la scoperta fosse avvenuta durante una perquisizione *testibus praesentibus*. Sembra per di più improbabile anche la tesi secondo cui la persona presso la quale era stata rinvenuta la cosa in seguito ad una perquisizione in presenza di testimoni, avrebbe potuto evitarle la pena restituendo la cosa, poiché l'attore avrebbe dovuto comunque promuovere un regolare processo d'accertamento dimostrando che la *res* era di provenienza furtiva, ed, inoltre, la restituzione della cosa non gli avrebbe permesso di poter intentare la stessa *legis actio sacramenti in rem*. Lo studioso non sembra sbilanciarsi oltre sulla *quaestio* circa la compatibilità del regime del *furtum conceptum* come ricordato dalle Istituzioni gaiane e quello delle XII Tavole, soprattutto perché le fonti a noi pervenute su questo punto sono davvero molto scarse e frammentarie.

³¹⁰ F. DE VISSCHER, *L'enquête «lance et licio» et les actions «concepti et oblati»*, in *Tijdschrift*, 6 (1925), pagg. 249 ss., con analisi della dottrina precedente.

Poteva presentarsi un'ulteriore ipotesi quando colui presso il quale presumibilmente si trovava la *res furtiva*, si fosse opposto alla perquisizione. Ancora una volta fondamentale è la testimonianza gaiana, in particolare

Gai. 3. 188: *Est etiam prohibiti furti <actio> adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit.*

Gai. 3. 192: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam poenam constituit. Hoc solum praecepit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*

Dai brani su riportati si evince che, all'epoca decemvirale nella situazione di opposizione alla perquisizione si poteva procedere solo tramite la *quaestio lance et licio*, mentre se non ci fosse stato tale comportamento ostruzionistico si poteva procedere tramite l'intervento di testimoni.

Dunque, il quadro normativo presente all'epoca prevedeva che se il convenuto in una *legis actio sacramenti in rem* avesse nascosto la *res* o avesse impedito all'attore di reperirla, avrebbe subito la perquisizione per la quale era sufficiente, appunto, il solo sospetto che il *vocatus* ostacolasse la ricerca del bene mobile; quando, poi, ci fosse stato anche il diniego alla perquisizione da parte del convenuto allora si utilizzava la *quaestio lance et licio*, mentre, se il convenuto non si fosse opposto alla perquisizione, era semplicemente sufficiente l'intervento di testimoni, chiamati a verificare il corretto uso della forza da parte dell'attore al

solo fine di portare in giudizio la *res* per permettere un normale svolgimento dell'iter processuale.

Giunti a questo punto, essendo presenti *in iure* sia le parti che la *res* litigiosa, si poteva iniziare la fase *in iure*. Le parti, poste su di un piede di parità, procedevano alla recitazione delle *actiones* dando luogo alla cosiddetta *vindicatio*³¹¹. Pare non esistere una sequenza temporale preordinata tra le due rivendiche, secondo quanto riportato da Gaio:

Gai. 4. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO; SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM. Illi mittebant. Qui prior vindica<verat, sic dice>bat: POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS. Ille respondebat: IUS FECI, SICUT VINDICTAM INPOSUI. Deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE...*

³¹¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, pagg. 286 ss.; A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 177 ss.

Il *prior vindicans* (generalmente l'attore) recita la formula vindicatoria toccando la *res* contesa con una *festuca*. Gli stessi gesti e parole rituali erano poi effettuati anche dalla controparte (*adversarius*). Il magistrato ordinava ad entrambi di lasciare l'oggetto; le parti, dunque, procedevano con la *provocatio sacramento* presentando anche la garanzia dei *praedes sacramenti*; infine, il magistrato assegnava le cosiddette *vindiciae*, il possesso provvisorio dell'oggetto ad una delle parti che presentava ulteriori garanti, cioè i *praedes litis et vindiciarum*, giungendo in questo modo alla *litis contestatio*.

Da questa sintesi della fase *in iure* della *legis actio sacramenti in rem* è facilmente intuibile l'importanza e la necessità di un comportamento attivo sia dell'attore che del convenuto relativamente alla *vindicatio* e alla *contra vindicatio*. Tant'è vero che se il *vocatus* si fosse rifiutato di *contra vindicare*, sarebbe sorto un nuovo ostacolo nell'iter procedimentale³¹².

Era in questo caso necessario ricorrere ad altri mezzi di coazione indiretta per costringere il convenuto ad effettuare la rivendica della *res* o, almeno, per garantire all'attore la possibilità di poter raggiungere lo stesso scopo che perseguiva attraverso la *legis actio sacramenti in rem*.

A tal scopo pare molto interessante l'accostamento, riproposto in ultimo dal Provera³¹³, tra due passi gaiani³¹⁴.

³¹² Chiaramente allorquando il convenuto avesse permesso all'attore di immettersi nel possesso della *res* litigiosa da lui rivendicata, era inutile procedere con l'attività processuale perché in questo modo la pretesa dell'attore era stata soddisfatta.

³¹³ Prima di G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 44 ss., M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat* cit., pagg. 1 ss.; E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *ZSS*, 27 (1906), pag. 309; J. C. NABER, *De "in iure cessio et confessione"*, in *On. Perozzi*, 1925, pagg. 341 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Parigi, 1934, pagg. 114 ss.; K. HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrecht und die "in iure cessio"*, in *ZSS*, 106 (1989), pagg. 152 ss.

³¹⁴ Gai. 4. 16 e Gai. 4. 24.

In particolare, il secondo passo di Gaio riguarda la *in iure cessio*, la cui struttura sembrerebbe molto simile formalmente a quella della *legis actio sacramenti in rem*³¹⁵. Infatti, l'acquirente utilizzava le stesse parole del rivendicante e, laddove colui che avrebbe dovuto trasferire la proprietà della cosa si rifiutava di procedere alla *contra vindicatio*, il magistrato procedeva con l'*addictio* permettendo all'attore di acquistare la proprietà stessa³¹⁶.

Dunque, pare plausibile ritenere che l'*addictio* avesse luogo anche quando, nella *legis actio sacramenti in rem*, il convenuto si fosse rifiutato di procedere alla *contra vindicatio*, dopo aver precedentemente già impedito all'attore di impossessarsi della cosa. Tale provvedimento, inoltre, aveva efficacia esecutiva immediata, per cui l'attore vedeva raggiunto il proprio scopo.

Da quanto ricostruito sino ad ora, si potrebbe affermare che in questo tipo di *legis actio* il convenuto avesse un pesante onore rocesuale, ed, inoltre, "il *rem non defendere*, si identificava, perciò, nella *legis actio sacramenti in rem*, con l'omissione della *contra vindicatio*"³¹⁷.

³¹⁵ Su tale questione si vedano P. MEYLAN, *Deux traits peu remarquables de l'«in iure cessio»*, in *RIDA.*, 6 (1951), pagg. 103 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24 (1955), pagg. 111 ss.

³¹⁶ Nello stesso senso la dottrina dominante, per tutti M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., pagg. 103 ss.

³¹⁷ G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 52.

1. 2 La mancata collaborazione delle parti nella *legis actio sacramenti in personam*

Nella *legis actio sacramenti in personam* la controversia riguarda la tutela di un diritto di credito³¹⁸, ossia l'esistenza (o meno) di un potere di una delle parti sull'altra circa una determinata prestazione.

Sfortunatamente molto scarse e frammentarie sono le fonti a noi pervenute, infatti il testo di Gaio³¹⁹ che se ne occupava è quasi del tutto illeggibile nel manoscritto veronese. In ogni caso pare sia certo che tale procedura facesse riferimento ad un duplice giuramento in cui era indispensabile, ancora una volta, la presenza di entrambe le parti in giudizio, in questo caso soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto obbligatorio, che avrebbero dovuto partecipare attivamente all'intero inter processuale³²⁰.

Presumibilmente il creditore portava in giudizio il debitore, utilizzando anche la forza quando fosse stato necessario, ma poteva accadere che il debitore- convenuto non effettuasse gli atti necessari per permettere il corretto svolgimento del processo. A questo punto, data la mancanza di fonti dirette, sembrerebbe opportuno verificare se i mezzi di coazione indiretta di cui si è parlato nel paragrafo precedente nel caso della *legis actio sacramenti in rem*, siano analogamente applicabili anche per la *legis actio sacramenti in personam*.

Bisogna, però, effettuare una distinzione a seconda che tale processo riguardasse o meno la dazione di una *certa pecunia*.

³¹⁸ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 178 ss.

³¹⁹ Gai. 4. 15.

³²⁰ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 57 ss.

Quando l'*actio* riguardava una somma determinata di denaro, allora potevano verificarsi svariate ipotesi legate al comportamento del convenuto dopo la *in ius vocatio* e dopo la pronuncia da parte dell'attore della formula. In questo caso la parte del codice veronese che la riportava è rimasta illeggibile, quindi la ricostruzione della stessa è congetturale ma plausibile: *aio te mihi M dare oportere. Id postulo aias an neges*. Il primo inciso è attestato da Probo; il secondo lo si desume, per analogia con Gai. 4. 17 che contiene la formula che l'attore recitava nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*³²¹.

In primis il convenuto avrebbe potuto contestare la pretesa dell'attore, presumibilmente, attraverso le parole: *nego me tibi M dare oportere*, a cui l'attore avrebbe risposto: *quando negas te sacramento quingenario provoco*; la controparte avrebbe ribattuto affermando: *et ego te*. Seguivano, poi, la dazione dei *sacramenta* e dei *praedes*³²² e l'intervento dei testimoni, fino a giungere alla conclusione della fase dinanzi al magistrato. Il *iudex*, nella fase successiva, avrebbe poi deciso se giudicare a favore dell'attore ritenendo che esistesse a carico del convenuto il dovere di pagare una certa somma di denaro, e, quindi, dopo i *triginta dies iusti* e constatata l'insolvenza del convenuto soccombente, si procedeva con la *manus iniectio* con conseguente *addictio* da parte del magistrato, con cui si concedeva all'attore il possesso del corpo del debitore, come compimento della sanzione esecutiva.

Un'ulteriore ipotesi si sarebbe verificata allorquando il debitore convenuto, alla domanda dell'attore avesse risposto: *aio me tibi M dare*

³²¹ Prob. 4. 1. Sulla prima parte si veda anche M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 86 ss.

³²² L'uso dei *praedes sacramenti* divenne superfluo dal momento in cui entrambe le parti erano obbligate a depositare immediatamente la *summa sacramenti* che sarebbe poi stata ritirata dalla parte vittoriosa nella lite e perduta, a favore del tesoro, da parte del soccombente.

oportere, confermando, dunque, quanto affermato dall'attore. Sarebbe che proprio qui sia possibile rintracciare le radici di quella che poi sarà la *confessio in iure*. In ogni caso, quando si fosse verificata questa situazione si riteneva cessata la materia del contendere, perché l'identità tra la domanda dell'attore e la risposta del convenuto bloccano immediatamente la prosecuzione del processo, ovviamente nel momento in cui il convenuto non solo avesse confermato quanto detto dall'attore ma avesse anche provveduto a pagare la somma certa che gli doveva con le opportune garanzie. Se, invece, dopo che il convenuto avesse asserito che era vero quanto affermato dall'attore, fossero trascorsi i trenta giorni previsti per l'adempimento, il creditore-attore avrebbe avuto la possibilità di utilizzare la *manus iniectio*, e dunque, ci sarebbe stata, a seguito dell'*addictio*, l'attribuzione del possesso del corpo del debitore al creditore³²³.

Una terza situazione, sempre nel caso di una *legis actio sacramenti in personam* per una somma di denaro certa, sarebbe potuta avvenire quando il debitore-convenuto avesse assunto un comportamento totalmente passivo in relazione alle parole dell'attore prendendo la posizione di colui che *neque ait neque negat*³²⁴. In tale ipotesi il debitore-convenuto, in maniera esplicita, affermando di non volere riconoscere ovvero contestare la pretesa dell'attore, o in maniera implicita attraverso il silenzio, decideva di *non respondere* secondo le norme rituali della *legis actio sacramenti in personam*.

³²³ Come afferma la dottrina maggioritaria, per tutti M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 86 ss.

³²⁴ Prob. 4. 3. Inoltre, secondo G. PUGLIESE, *Le legis actiones cit.*, pagg. 375 ss, questa espressione coincide con quanto l'attore diceva al convenuto dopo l'intimazione a confessare o contestare la sua pretesa, ricevendo, però, nessuna risposta dalla controparte.

Il Provera³²⁵, rileva, a tal proposito, che si deve considerare una differenza fondamentale tra la *legis actio sacramenti in rem* e quella *in personam*, e cioè che nella prima ogni comportamento del convenuto che contrastasse la *contra vindicatio* attestava la sua non volontà di permettere la prosecuzione del rito, mentre nel caso di una controversia avente ad oggetto un rapporto relativo, oltre alla contestazione o al *non respondere*, era possibile anche confessare, e ciò avrebbe avuto la conseguenza di bloccare il normale iter processuale evitando, però, le conseguenze del *non respondere*.

Purtroppo nemmeno in questo caso esistono delle fonti dirette per ricostruire con certezza cosa accadesse in tale situazione, per cui pare opportuno procedere ancora una volta in via analogica considerando le norme in materia di *legis actio sacramenti in rem*. Sempre il Provera pare convinto che il *confiteri* coincidesse con il *non contra vindicare*, ed aggiunge che il *respondere*, alla pari della *contra vindicatio*, avrebbe permesso al debitore- convenuto di evitare, anche se temporaneamente, di essere soggetto all'esecuzione. E, così come la mancata contro rivendica permetteva la possibilità di iniziare l'esecuzione forzata, altrettanto si potrebbe affermare nel caso del *non respondere*.

Tale ricostruzione pare ulteriormente confermata se si ricorda che la formula recitata dall'attore all'inizio della *legis actio sacramenti in personam*, laddove non fosse stata contestata, poteva costituire la base di una *addictio* seguita dall'esecuzione immediata³²⁶.

³²⁵ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 60.

³²⁶ Com'è noto, l'*addictio* nel caso della *legis actio sacramenti in rem* insisteva sulla *res* litigiosa, mentre nella *legis actio sacramenti in personam* sul *corpus* del debitore.

Sulla stessa linea di pensiero pare trovarsi anche il Karlowa³²⁷ che accosta colui che decide di *non respondere* alla figura del *damnatus*.

Molti anni più tardi, questa stessa impostazione viene riproposta dal Broggin³²⁸, il quale, basandosi sull'autorità del Kaser³²⁹, ritiene che il *non respondere* corrisponda al *negare*, permettendo la prosecuzione del processo con la sfida al *sacramentum*.

Quanto detto fino ad ora riguarda il caso di una *legis actio sacramenti in personam* avente ad oggetto un rapporto di credito relativo ad una somma certa di denaro.

Ulteriori atteggiamenti ostruzionistici potevano poi insorgere in caso di pretesa non predeterminata. È il caso, ad esempio, del *furtum nec manifestum* nell'ambito dei casi di responsabilità *ex delicto*³³⁰.

Anche in questa situazione era prevista la pronuncia di *certa et solemnia verba* da parte del derubato e del presunto ladro. Quest'ultimo poteva negare quanto affermato dall'attore facendo sì che il processo continuasse il proprio iter fino alla sentenza; qualora il furto fosse stato accertato egli sarebbe stato soggetto alla *manus iniectio* venendo *addictus*, ma con una stima relativa alla somma che avrebbe potuto pagare per liberarsi. Per questo motivo nasceva la necessità di un procedimento rivolto alla determinazione della suddetta somma attraverso la nomina

³²⁷ O. KARLOWA, *Der römische Civil process zur Zeit* cit., pag. 183.

³²⁸ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatsrichters*, Colonia- Vienna, 1957, pagg. 60 ss.

³²⁹ M. KASER, *Das altrömische ius* cit., pagg. 118 ss. (che poi ha mutato opinione in *Das römische* cit., pag. 56 nt. 29).

³³⁰ G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 63 ss.

di un *arbiter*³³¹, almeno fino all'introduzione della *condemnatio pecuniaria*, dove la funzione di valutazione venne assorbita nella competenza del *iudex*³³². Poteva allora accadere che il convenuto potesse ostacolare la nomina dell'*arbiter* (e poi del *iudex*), anche se tale ipotesi pare poco realizzabile perché la nomina di tale figura spettava soltanto al magistrato. Ed, inoltre, pare illogico che il convenuto cercasse di impedire la stima della somma che gli avrebbe permesso di liberarsi evitando le pesanti conseguenze della *legis actio sacramenti in personam*.

Tuttavia, laddove il convenuto avesse deciso di *non respondere*, si procedeva normalmente tramite l'*addictio*, anche quando la stima della somma per la liberazione non fosse stata effettuata.

Da quando delineato fin qui, si può ritenere che il *respondere*, il *se non defendere* ed il *confiteri* hanno la stessa conseguenza, cioè l'attivazione della fase esecutiva; chiaramente nella prima situazione era necessario un accertamento previo, nella seconda ipotesi l'esecuzione era immediata, nell'ultimo caso colui che avesse confessato era assimilato al *iudicatus*.

Per cui, così come nella *legis actio sacramenti in rem*, anche in quella *in personam*, quando il convenuto non avesse partecipato attivamente al rito, si procedeva subito con l'esecuzione³³³.

³³¹ Prob. 4. 10. Notizie sull'*arbitrium litis aestimandae* in S. PEROZZI, *Dell'arbitrium litis aestimandae nella procedura civile romana*, Vicenza, 1884, ora in *Scritti giuridici*, 3. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, Milano, 1948, pagg. 422 ss.; M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 96 ss. L'a. ritiene che la richiesta di instaurazione del procedimento estimatorio potesse provenire sia dal creditore che dal debitore. Contra l'ipotesi del ricorso all'arbitro B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1913, pagg. 18 ss.

³³² G. BROGGINI, *Iudex arbiterve cit.*, pag. 155.

³³³ Ovviamente nella *legis actio sacramenti in rem* la pena era quella dell'impossessamento della *res* litigiosa, mentre nella *legis actio sacramenti in personam* del corpo del debitore- convenuto dichiarato soccombente.

1. 3 La *legis actio per manus iniectioem*. La mancata collaborazione delle parti può influenzarla?

Per verificare l'incidenza della mancanza di collaborazione delle parti, soprattutto del convenuto, nella *legis actio per manus iniectioem*, è opportuno richiamarne previamente la procedura.

Ancora una volta è Gaio a fornirci preziose informazioni sull'utilizzo e l'evoluzione di questa procedura³³⁴.

Nella sua ricostruzione storico- cronologica, il giurista parte dalle XII Tavole che avrebbero introdotto e disciplinato il sistema della *manus iniectio iudicati*, ossia di quell'azione di legge a carattere esecutivo generico che poteva essere esperita dall'attore contro il convenuto per ottenere l'esecuzione di una prestazione (generalmente la dazione di una somma di denaro) in base ad un titolo esecutivo (spesso un giudizio precedente) che, quindi, non presupponeva alcun ulteriore accertamento³³⁵. In seguito la *lex Publilia* e poi la *lex Furia de sponsu* avrebbero ampliato la sfera di utilizzazione di tale procedura dando vita alla cosiddetta *manus iniectio pro iudicato*. Per ultime la *lex Furia testamentaria* e la *lex Marcia* avrebbero introdotto un ulteriore *manus iniectio* definita *pura*³³⁶.

Il procedimento aveva delle peculiarità a seconda del tipo di *manus iniectio*.

Nei primi due casi di *manus iniectio*, la presenza della parti dinanzi al magistrato sembra essere ancora una volta essenziale per la

³³⁴ Gai. 4. 21- 25.

³³⁵ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 181 ss.

³³⁶ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 68. Inoltre l'autore accosta da un lato i primi due tipi di *manus iniectio* (*iudicati* e *pro iudicato*) e dall'altro la cd. *manus iniectio pura*.

prosecuzione del rito. In tal caso le parti erano già state precedentemente identificate tramite un procedimento di accertamento sfociato in una sentenza, o in caso di situazioni equiparate (ad esempio, *confessio in iure* del convenuto).

Occorreva anche qui procedere attraverso la *in ius vocatio*, e, una volta presenti entrambe le parti l'attore procedeva con la pronuncia di *certa verba* in base alla procedura riportata da:

Gai. 4. 21: *Qui agebat, sic dicebat: 'quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milia iudicati manum inicio', et simul aliquam partem corporis eius prehendebat nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vincebatur.*

La particolarità di tale rito è data dal fatto che il convenuto non potesse in alcun modo esercitare il contraddittorio quando l'attore avesse pronunciato questa formula, perché simultaneamente era sotto-messo al potere dell'attore- creditore. Non gli era dato sottrarsi da questa situazione, nemmeno provvisoriamente, né gli era data la possibilità di contestare. Il magistrato, infatti, dopo le affermazioni dell'attore

avrebbe proceduto con l'*addictio* tramite la quale sarebbe stato possibile l'impossessamento del corpo del debitore che sarebbe diventato schiavo dell'attore³³⁷.

Però, il convenuto poteva servirsi di un *vindex* per poter sfuggire alla presa corporale³³⁸. Tale garante subentrava al debitore³³⁹ e poteva: pagare l'importo dovuto; ovvero assumere su di sé il rischio di uno speciale procedimento di accertamento inteso alla dimostrazione dell'infondatezza delle ragioni dell'attore. In quest'ultima ipotesi l'attore non avrebbe potuto sottrarsi all'eventuale contestazione del suo buon diritto. Qualora l'accertamento fosse giunto alla conferma del suo diritto, il *vindex* sarebbe stato condannato al pagamento del doppio della somma che il debitore doveva originariamente al creditore³⁴⁰.

Nella *manus iniectio pura*, si nota una attenuazione della rigidità del regime della *manus iniectio iudicati* e *pro iudicato*. Anche in questa procedura l'attore pronunciava una determinata formula rituale circa l'esistenza di un credito, ma, a seguito della *lex Vallia*, si permise al debitore- convenuto di fare da *vindex* a se stesso, e proprio questo procedimento venne definito *manus iniectio pura*. In tal modo, iniziando un nuovo processo, il soggetto passivo del rapporto di credito si

³³⁷ Così come accadeva nel caso in cui il convenuto avesse deciso di *non respondere* (= *se non defendere*) nella *legis actio sacramenti in personam*. Tuttavia bisogna registrare ancora un forte grado di incertezza nella dottrina circa la ricostruzione del regime più antico dell'esecuzione personale.

³³⁸ L'istituto del *vindex*, con la conseguente liberazione immediata del debitore, è un problema ancora molto discusso in dottrina. Pochi dubbi esistono in merito alla funzione di tale garante nella *in ius vocatio*, mentre nel caso del procedimento esecutivo tale funzione si intuisce ma in maniera più problematica. R. DÜLL, *Vom "vindex" zum "iudex"*, in ZSS, 54 (1934), pagg. 98 ss.; G. BROGGINI, *"Vindex" und "iudex". Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in ZSS, 76 (1959), pagg. 113 ss.; F. LA ROSA, *Il vindex* cit., pagg. 304 ss.

³³⁹ Per tutti G. PUGLIESE, *Le legis actiones* cit., pagg. 313 ss. e E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione* cit., pagg. 129 ss.

³⁴⁰ In tal senso per tutti M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 99 ss. che offre una nutrita letteratura sul principio "*lis infitiando crescit in duplum*".

liberava dalla sottomissione alla *manus iniectio*, anche se si trattava di una situazione temporanea, dato che, se anche questo nuovo processo si fosse concluso con una sentenza che lo avesse dichiarato soccombente, allora il creditore avrebbe ovviamente proceduto con la *manus iniectio iudicati*³⁴¹.

Sia la *manus iniectio iudicati* (o *pro iudicato*) che la *manus iniectio pura*, permettevano l'immediata esecuzione della sanzione quando il debitore non avesse presentato un terzo garante o non avesse proceduto con l'*infitiatio*, ove possibile, per contestarne la legittimità. Dunque, le uniche differenze rintracciabili tra queste due categorie di *manus iniectio*, risiedono solo nelle diverse possibilità di difesa che il convenuto avrebbe potuto adottare.

Il Provera, inoltre, relativamente al rapporto tra *legis actio sacramenti in personam* e *manus iniectio*, ritiene che la differenza tra le suddette procedure non sia data dalla loro natura cognitoria o esecutiva, perché non si può leggere il diritto romano alla luce dei sistemi di diritto moderni, in questo caso per quanto concerne il nesso tra accertamento ed esecuzione. L'a. giunge ad affermare che la particolarità di queste due *legis actiones* si rintraccerebbe nel fatto che, mentre nella *legis actio sacramenti in personam* era essenziale la comparizione, non solo, ma anche il comportamento attivo del convenuto perché il processo si svolgesse correttamente secondo il normale iter, nella *manus iniectio*, invece, la sua presenza non era fondamentale, anzi, sembra essere del

³⁴¹ Non esiste alcuna fonte che ci permette di sapere se in questo caso il debitore che si fosse fatto da *vindex* sarebbe stato condannato al pagamento del *duplum* della somma originariamente dovuta, come avveniva quando un *vindex* "terzo" si fosse a lui sostituito. La dottrina maggioritaria ritiene che avrebbe dovuto pagare la somma originaria. In tal senso G. PUGLIESE, *Le legis actiones* cit., pag. 314 e M. KASER, *Das römische* cit., pag. 100.

tutto esclusa, tant'è vero che il rito era racchiuso nella sola affermazione dell'attore per ottenere l'esecuzione immediata della sanzione.

Anche se sia il *respondere* che il *vindicem dare* o l'*infitiari* avevano la medesima conseguenza, e cioè la liberazione, anche se solo provvisoria, del convenuto dall'esecuzione, non significa che le due procedure siano sovrapponibili.

Bisogna, ad ogni modo, sottolineare come nella *manus iniectio*, la cui formula è riportata da Gai. 4.21, il procedimento si incentrasse esclusivamente sulla richiesta dell'attore del riconoscimento del suo titolo esecutivo. Detta formula, dunque, può essere ben comprensibile alla luce della mancanza del contraddittorio stesso, che in questa azione era chiaramente escluso.

Dunque, per rispondere all'interrogativo posto all'inizio del paragrafo, si può affermare che addirittura il problema della collaborazione delle parti nella *legis actio per manus iniectioem* non abbia alcuna ragion d'essere, data la particolarità della struttura e della funzione stessa di questa procedura.

1. 4 La mancata collaborazione delle parti nelle *legis actiones per iudicis arbitrive postulationem* e *per condictionem*

La decisione di trattare unitamente due *legis actiones* in un unico paragrafo deriva dal fatto che permangono forti dubbi sul loro regime, dubbi che, naturalmente, si riversano anche nell'analisi del problema della (mancata) comparizione delle parti in tali procedure.

La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* è una azione prevista dalle XII Tavole in due casi specifici, ossia per tutelare chi

vantasse un credito di denaro promesso tramite *sponsio*, ovvero per tutelare il coerede che volesse effettuare la divisione del patrimonio ereditario nei confronti degli altri coeredi (la cosiddetta *actio familiae eriscundae*)³⁴².

La procedura viene descritta in

Gai. 4. 17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re, ut ita ageretur, lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo, quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat: qui agebat, sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI SESTERTIA DARE OPORTERE AIO; ID POSTULO, AIAS AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM sive ARBITRUM POSTULO, UTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividunda ageretur. Itaque nominata causa, ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

Dalla testimonianza gaiana si evince, dunque, che anche in questo caso era necessaria la presenza delle parti in giudizio dinanzi al magistrato e il loro comportamento attivo per la corretta prosecuzione del processo. Il convenuto poteva confermare quanto affermato dall'attore oppure contestarlo, ma, anche in questa procedura, poteva decidere di

³⁴² A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 179 ss. Lo studioso ricorda che poi con la *lex Licinnia* questa *legis actio* venne estesa alle altre azioni divisorie.

rimanere in silenzio mostrando in questo modo la sua espressa volontà di non partecipare al procedimento.

Secondo il Provera³⁴³, che rileva la similitudine strutturale tra questa *legis actio* e la *legis actio sacramenti in personam*, sarebbe possibile ipotizzare un'identità di trattamento del convenuto *indefensus*; quindi, il magistrato dopo l'*addictio*, avrebbe permesso all'attore di impossessarsi del corpo del convenuto.

Maggiori problemi sorgono quando tale *legis actio* venisse utilizzata per una divisione.

Gaio afferma che in questa ipotesi, una volta chiamati in giudizio gli altri condividenti, l'attore avrebbe chiesto la nomina di un arbitro o di un *iudex* per procedere alla divisione del patrimonio; tale sistema lascia intendere che la presenza degli altri condividenti diventasse a questo punto superflua, perché la nomina dell'*arbiter* o del giudice era una competenza esclusiva del magistrato che non richiedeva la partecipazione delle parti. Secondo il Pugliese³⁴⁴ uno strumento idoneo a vincere il silenzio o la reticenza a partecipare degli altri condividenti, sarebbe dato dal ricorso alla *legis actio sacramenti in personam*.

Non sembrano esserci, quindi, ulteriori possibilità per combattere la *indefensio* del convenuto.

Verificheremo, ora, se lo stesso può dirsi circa la *legis actio per conditionem* la cui struttura è data da

Gai. 17b- 18: *Per conditionem ita agebatur: AIO
TE IHI SESTERTIA X MILIA DARE OPORTERE; ID PO-*

³⁴³ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 76 ss.

³⁴⁴ G. PUGLIESE, *Le legis cit.*, pagg. 375 ss.

STULO, AIAS AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM <TIBI> IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. Deinde die XXX ad iudicem capiendum praesto esse debebant. Condicere autem denuntiare est prisca lingua.

Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset; nunc vero non proprie conductionem dicimus actionem in personam, <qua> intendimus DARI NOBIS OPORTERE; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Così come per la *legis actio iudicis arbitrive postulationem*, anche in quella *per conductionem*, utilizzata a seguito della sua introduzione da parte della *lex Silia* per crediti di somme di denaro e poi estesa dalla *lex Calpurnia* ai crediti di cose determinate³⁴⁵, si prevedeva che, qualora il convenuto debitore avesse deciso di *non respondere*, ci sarebbe stata l'*addictio* da parte del magistrato con conseguente impossessamento del corpo da parte dell'attore.

Nonostante le carenze nelle fonti, si può affermare che le conseguenze della mancata comparizione o partecipazione di una delle parti anche in queste ultime *legis actiones* appena esaminate non presentassero particolari diversità dal regime, che potremmo definire generale, previsto dalla *legis actio sacramenti in personam*.

³⁴⁵ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pag. 180.

2. La cosiddetta *indefensio* nel processo *per formulas*

Per il corretto svolgimento della fase *in iure* del processo *per formulas*, e, dunque, per giungere alla *litis contestatio*, il convenuto non doveva soltanto comparire in giudizio, ma era necessario che assumesse un comportamento attivo cooperando con l'attore e col magistrato, prestando tutte le *cautiones* e accettando il *iudicium*, cioè la formula proposta dall'attore, integrata ovviamente con le sue difese, e poi approvata dal pretore³⁴⁶.

L'attività processuale richiesta al convenuto viene comunemente indicata nelle fonti col termine *defendere*³⁴⁷, che sfociava, nel caso di *actio in personam*, nell'adesione alla *litis contestatio*, nel caso di *actio in rem*, richiedeva anche la prestazione di una *satisfactio*, ossia la *cautio iudicatum solvi*³⁴⁸.

Viceversa, il diniego a prendere parte alla *litis contestatio*, è meglio conosciuto con l'espressione *se non defendere*, come riportato da:

D. 50. 17. 52 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.*

³⁴⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., pag. 340; A. GUARINO, *Diritto* cit., pag. 219; G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 92.

³⁴⁷ Per tutti si veda D. 5. 1. 63 (Ulp. 59 *ad ed.*): *Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactio: ne ille videtur defendi, qui quod iudicatum est non solvi.*

³⁴⁸ Gai. 4. 89 e 101.

Sul concetto di *indefensio* si è espressa la maggior parte della dottrina, e tutti concordano nell'affermare che sia *indefensus* il convenuto che non solo non voglia partecipare attivamente al processo ma che, in maniera espressa o tacita, rifiuti di accettare la *formula*³⁴⁹.

Fondamentale per la ricostruzione del regime dell'*indefensio* nel processo *per formulas* è il testo epigrafico della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*³⁵⁰, in particolare i capitoli XXI e XXII³⁵¹.

E' doveroso, dunque, analizzare la portata di questo provvedimento, proseguendo, poi, con la trattazione delle conseguenze dell'*indefensio* nelle *actiones in rem*.

2.1 La *lex Rubria de Gallia Cisalpina* e la cd. *indefensio* nelle *actiones in personam*

La *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, un'epigrafe di bronzo, venne rinvenuta a Veleia nel 1760. Purtroppo ci è pervenuto solo un frammento dell'intera *lex*, e, molto probabilmente, l'incisione "IIII" indica che si tratta della quarta parte del documento.

Di particolare interesse, ai fini della ricostruzione della suddetta *lex*, è la monografia del Mainino³⁵², che ha minuziosamente tentato di ricostruire le norme del provvedimento in questione, verificandone i rapporti con la *indefensio* e la *confessio*, e presentando, nelle ultime

³⁴⁹ M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 274 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, pagg. 340 ss.; A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 662 ss.; G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 94 ss.

³⁵⁰ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 94 ss.

³⁵¹ *F.I.R.A.*, I, pagg. 169 ss.

³⁵² G. MAININO, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Milano, 2012.

parti dell'opera, anche delle possibili ipotesi ricostruttive dell'intera tematica.

Innanzitutto il Mainino ritiene che sarebbe più corretto parlare di *lex Rubria de Gallia Cisalpina*³⁵³ e non semplicemente di *lex de Gallia Cisalpina*³⁵⁴.

Si tratta con alta probabilità di una *lex rogata* da un tal *Rubrius*, generalmente indicata come *lex de Gallia Cisalpina* in relazione al luogo ove il provvedimento sarebbe stato applicato³⁵⁵.

Quanto alla datazione, il termine *post quem* è il 49 a. C., anno di concessione della cittadinanza romana, da parte di Cesare, alla Gallia Cisalpina. Permangono, invece, dei dubbi circa il termine *ante quem*, che, però, con molta probabilità corrisponderebbe con quello individuato dal Laffi, ossia entro la fine del 41 a. C., anche se in epoca successiva al mese di Marzo³⁵⁶.

In quanto al contenuto del frammento Veleiate, l'epigrafe riporta cinque articoli, anche se del XIX e del XXIII sono pervenute solo alcune frasi³⁵⁷.

³⁵³ La denominazione tradizionale è utilizzata anche da G. NEGRI, *In margine alla lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Studi storici* E. Nasalli Rocca, 1971, pagg. 409 ss.; F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesar Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipal-magistrate in Gallia Cisalpina*, Leiden, 1972; U. LAFFI, *La Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64 (1986), pagg. 5 ss. (= in ID., *Studi di storia romana e diritto*, Roma, 2001, pagg. 238 ss.).

³⁵⁴ Come ad es. in *Roman Statutes*, ed. M. H. CRAWFORD, Londra, 1996, in particolare il paragrafo 28 pagg. 465 ss. curato da U. LAFFI; A. RODGER, *Jurisdictional limits in the Lex Irnitana and the Lex de Gallia Cisalpina*, in *ZPE*, 110 (1996), pagg. 189 ss.

³⁵⁵ Il LAFFI crede che le *lex* in questione sia una *lex rogata* e non una *lex data*, e Il MAININO concorda con tale tesi.

³⁵⁶ Su questo punto il U. LAFFI, *La lex cit.*, pagg. 244 ss., critica tutta la dottrina precedente, in particolare, T. MOMMSEN, *Gesammelte cit.*, pagg. 175 ss., O. GRADENWITZ, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, I (*Leges*), 16, pag. 97 e S. RICCOBONO, *FIRA*, (*Leges*), nt. 19 pagg. 169-170; W. SIMSCHÄUSER, *Rec. a U. LAFFI, La lex cit.*, in *ZSS*, 105 (1988), pagg. 817 ss.

³⁵⁷ Viene ripreso l'ordine di successione dei titoli proposto da T. MOMMSEN, *Gesammelte cit.*, pagg. 162 ss.

In generale, le materie trattate nei *capita*³⁵⁸ a noi giunti in forma completa sono³⁵⁹: la realizzazione di una *operis novi nuntiatio*, mezzo di tutela concesso dal pretore per bloccare il proseguimento di una opera già iniziata che avrebbe potuto causare danni (*caput XIX*); il caso in cui il proprietario di un edificio pericolante non voglia prestare la *cautio damni infecti* e quindi l'eventuale danneggiato può chiedere al pretore la concessione di un'*actio ficticia ex stipulatu*, basata, appunto, sulla finzione che la *cautio* fosse stata data (*caput XX*); l'eventuale *ductio* ovvero la *missio in bona* nei confronti del reo *confessus* e/o *indefensus*, nell'*actio certae creditae pecuniae* e in una serie di *actiones* riguardanti un oggetto diverso da una *pecunia certa credita* (*capita XXI e XXII*, aventi struttura simmetrica, che sono quelli di maggior interesse per la presente analisi); l'*actio familiae erciscuandae* (*caput XXIII*, del quale, però, abbiamo solo sei righe)³⁶⁰.

Circa l'attendibilità del frammento Veleiate, dubbi erano stati avanzati dal Grandewitz, ma la dottrina più recente, tra cui Mainino, segue l'impostazione del Wlassak³⁶¹.

Il Mainino ritiene che il miglior modo per poter analizzare i vari *capita* della *lex* sia quello offerto dal metodo della *definitio partitionum* di Cicerone³⁶², e, dunque, procede alla ripartizione del *caput XXI* in

³⁵⁸ Per la cui traduzione italiana si rimanda interamente a G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pagg. 25 ss.

³⁵⁹ U. LAFFI, *La lex cit.*, pagg. 261 ss.; G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pagg. 24 ss.

³⁶⁰ Sul *caput XXIII* si veda A. TORRENT, *A proposito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, in *AHDE*, 36 (1966), pagg. 593 ss.

³⁶¹ M. WLASSAK, *Konfessio in Jure und Defensionsweigerung nach der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Monaco di Baviera, 1934, pagg. 7 ss., dove intitola il primo Capitolo "Die Rubrischen Fragmente von O. Gradenzwitz dekomponiert. Ein antikritischer Versuch".

³⁶² Cic. *Brut.*, 41. 152.

quattro parti, operazione che sembra permetta di poter giungere ad una ricostruzione più fedele delle situazioni processuali in esso riportate³⁶³.

La prima parte corrisponderebbe a XXI, 2-4, una introduzione preliminare in cui vengono indicati i limiti di applicazione del precetto. In particolare, la zona interessata dal provvedimento è la Gallia Cisalpina che, però, abbraccerebbe anche i territori limitrofi; la materia di trattazione è la normativa in materia di controversie iniziate con una *actio certae creditae pecuniae*; infine, viene sancito che i magistrati municipali saranno competenti nel limite di liti che non superino l'ammontare di quindicimila sesterzi.

La seconda parte sarebbe XXI, 4- 14, dove si individuano i comportamenti che il convenuto potrebbe assumere nella fase *in iure* dell'*actio certae creditae pecuniae*, prevedendo, a seguito di questi ultimi, una *fictio damnationis*. In questa *pars* sarebbe possibile rintracciare due condotte del convenuto³⁶⁴: quella in cui egli dopo aver confessato non procedeva alla *defensio*, perché non dava la *cautio iudicatum solvi* e/o rifiutava di aderire alla *litis contestatio*; ovvero quando il convenuto non rispondeva e non prestava la *sponsio tertiae partis*, scegliendo, in ogni caso, di *se non defendere*³⁶⁵.

La terza parte coinciderebbe con XXI, 12- 21, dove si afferma che il *confessus*, inadempiente e *indefensus*, e il *non respondens*, ina-

³⁶³ G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pagg. 50 ss.

³⁶⁴ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 94 ss.; U. LAFFI, *La lex cit.*, pagg. 274 ss.; G. NEGRI, *Appunti sull' 'indefensio' nella condictio certae creditae pecuniae ex lege Rubria*, in *Atti del III Convegno Studi Veleiati*, 1969, pagg. 223 ss.

³⁶⁵ Tuttavia parte della dottrina ravvisa una terza condotta, e cioè, oltre a al *confessus*, al *non respondens*, sarebbe disciplinato anche il caso del *non defensus* in generale. Tuttavia sembrerebbe preferibile considerare che le situazioni disciplinate siano solo due. G. NEGRI, *Appunti cit.*, pag. 230; G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pag. 56.

dempiente e *indefensus*, si trovino nella condizione di *iure lege damnati*, quindi *iudicati*, per cui venivano soggetti alla *ductio* realizzata sul loro stesso corpo.

La quarta e ultima parte del *caput* in esame è XXI, 21- 24, analizza il caso in cui i magistrati municipali fossero incompetenti perché il valore della causa superava il limite previsto e quindi si autorizzava un *iudicium recuperatorium*, avente il carattere di azione penale, nei confronti del convenuto che rifiutava di prestare il cd. *vadimonium Romani*, garanzia della sua ricomparsa in giudizio a Roma, ovvero di chi non avesse prestato un *vindex* idoneo³⁶⁶.

Accettando, dunque, la ricostruzione quadripartita proposta dal Mainino, si può procedere con l'analisi del *caput* XXI della *lex*.

Fondamentale è la disciplina ivi prevista nel caso della *confessio certae creditae pecuniae* in un processo *per formulas*. Infatti, quasi tutti gli studiosi³⁶⁷ che hanno dedicato degli scritti alla tematica della *confessio in iure* hanno basato le loro tesi proprio sulla portata della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in particolare, da una parte ci sono coloro che ritengono che con questo provvedimento sia avvenuta una reale evoluzione del concetto di *confessio*, dall'altro lato quelli che pensano

³⁶⁶ Pare che anche O. LENEL, *Das Edictum* cit., pag. 55 concordi sull'esistenza di questa disposizione nell'ultima parte del *caput* XXI perché anche per lui sarebbe logico concludere in questo modo la normativa legata alla giurisdizione municipale, in quanto rappresenterebbe l'applicazione del criterio gerarchico in base al quale le cause di un determinato valore dovevano essere trasferite al magistrato di rango superiore a Roma.

³⁶⁷ G. DEMELIUS, *Die Confessio im römischen Civilprozess und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz, 1880; W. PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est*, Heidelberg, 1924; A. GIFFARD, *La «confessio in iure» étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Parigi, 1900; M. WLASSAK, *Konfessio in Jure* cit.; E. BETTI, *Rc. a M. WLASSAK, Konfessio in Jure* cit., in *SDHI*, 1 (1935), pagg. 430 ss.; S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, Milano, 1952; N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, I, Torino, 1973.

che vi fossero solo delle norme riguardanti la competenza e i poteri dei magistrati locali.

Il Di Paola parrebbe ritenere che la *confessio certae pecuniae ex lege Rubria* non conferisca la legittimazione a ricorrere all'*actio iudicati*, ma la dottrina dominante pare di diverso avviso³⁶⁸.

Orbene, laddove ci fosse stata una *confessio certae pecuniae* era necessario che l'attore chiedesse nuovamente l'intervento del pretore tramite un'azione di natura esecutiva. A tal proposito sembra innovativa la tesi del Mainino, secondo il quale tale azione corrisponderebbe ad un'*actio confessi*. Nel processo *per legis actiones* il mezzo idoneo per poter ottenere il soddisfacimento delle pretese dell'attore era il ricorso alla *manus iniectio*.

E' probabile che anche nel processo *per formulas* lo schema del procedimento per ottenere l'adempimento del convenuto sia rimasto invariato, per cui era sempre necessario utilizzare una *formula* che avesse la stessa funzione della *legis actio per manus iniunctionem*, e verosimilmente poteva trattarsi dell'*actio iudicati*³⁶⁹ (equiparata all'*actio confessi* dal Mainino nella sua analisi). Chiaramente anche l'*actio iudicati*

³⁶⁸ G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pagg. 65 ss., evidenzia come alcune conclusioni del DI PAOLA non siano condivisibili, una tra tutte l'impossibilità a Roma di ricorrere ad un'*actio iudicati* nei confronti di chi avesse confessato, basando questa sua tesi sull'equiparazione da lui fatta tra il *confessus* e il *damnatus* attraverso un'apposita *fictio*. Inoltre, sempre il DI PAOLA, afferma anche che il *confessus* è sempre stato equiparato al *iudicatus*, mentre l'accostamento col *damnatus* sarebbe avvenuto solo tramite la *lex Rubria*. Tuttavia, come ha rilevato la dottrina dominante a partire dal KASER, originariamente il termine *damnatio* sembrerebbe riferirsi a delle situazioni di *confessio*, e solo in un secondo momento indicherebbe un giudicato. In ogni caso, osserva il MAININO, è indiscutibile che la *confessio certae pecuniae*, così come il *iudicatum*, sia un titolo valido per chiedere l'azione esecutiva.

³⁶⁹ C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996; M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*; M. MARRONE, *Istituzioni cit.*; F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico*, Milano, 1963; D. MEDICUS, *Rc. a F. LA ROSA, L'«actio iudicati» cit.*, in ZSS, 81 (1964), pagg. 465 ss.; L. WENGER, *Zur Lehre*

presenta degli svantaggi in ordine alla sua effettiva utilità ed efficacia, soprattutto in relazione ai modi in cui tale procedimento poteva essere richiesto e dunque avviato ovvero gli effetti dell'esercizio di questa azione. Su entrambi gli aspetti il Mainino presenta un'accurata sintesi³⁷⁰ delle varie opinioni che la dottrina ha proposto, giungendo alla conclusione, peraltro condivisibile, che l'*actio iudicati* è "un'azione ordinaria del tutto comune ed identica alle altre azioni proprie del sistema formulare, la quale si caratterizzava solo per la peculiare pretesa fatta valere in giudizio, che, appunto, era rappresentata dalla richiesta di soddisfacimento dell'attore in via esecutiva".

E' infatti risaputo che ormai nel processo formulare, e dunque in tarda epoca repubblicana, l'esecuzione richiedesse l'intervento del magistrato ma soprattutto l'attività di entrambe le parti coinvolte, perché così il convenuto, *indefensus* (o *iudicatus*), avrebbe avuto la possibilità di evidenziare dinanzi al pretore (e in seguito al *iudex*) tutti i fatti sottesi all'*obligatio confessi*. Inoltre è bene ricordare che a seguito della confessione da parte del convenuto il magistrato avrebbe avuto il potere di emettere immediatamente i provvedimenti esecutivi previsti in questa situazione. Se, invece, a seguito della *confessio* il convenuto si fosse trovato nella condizione ulteriore di inadempiente e/o *indefensus* allora sarebbe stato necessario un secondo procedimento avviato, appunto, tramite l'*actio iudicati/confessi* con una conseguente sentenza di condanna *al duplum*. Il magistrato avrebbe, a seguito di una *causae cognitio*, verificato l'esistenza della sentenza di condanna o, a seconda dei

von der *actio iudicati*, Graz, 1901; F. EISELE, *Über actio iudicati und Nichtigkeits Beschwerde*, in *Abhandlungen zum römischen Civil Prozess*, 4 (1889), pagg. 130 ss.; E. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatsrecht*, II, Berlino, 1873, pagg. 185 ss.

³⁷⁰ G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pagg. 74 ss.

casi, della *confessio certae pecuniae*, e quindi concesso con suo decreto la *ductio*.

Dunque, sembrerebbe che la prima fattispecie comportamentale disciplinata e sanzionata dal *caput XXI* della *lex Rubria* sarebbe quella del convenuto *confessus*, inadempiente ed *indefensus*, che viene colpito, a seguito di una *fictio damnationis*, dalla *ductio* decretata dal pretore.

Ma bisogna ulteriormente specificare che l'*indefensio* cui si fa riferimento non andrebbe riferita tanto all'azione principale³⁷¹, quindi l'*actio certae creditae pecuniae*, quanto all'*actio iudicati/confessi*³⁷².

La seconda figura che viene disciplinata dal *caput XXI* è quella del convenuto che decide di *in iure non respondere*. Dunque, come già detto in precedenza, al *confessus* inadempiente e *indefensus* si affianca il *non respondens* (vedremo anche lui inadempiente e *indefensus*).

Molti studiosi si sono interrogati sul significato della locuzione *in iure non respondere*, spesso presentando opinioni contrastanti tra di loro³⁷³. Il Mainino ritiene, però, che alcuni testi siano stati in parte o del tutto non considerati dalla dottrina, dunque li propone per cercare di

³⁷¹ Contra S. DI PAOLA, *Confessio* cit., pagg. 28 ss, che invece nega che alla *confessio certae pecuniae* segua una condanna, per cui sarebbe possibile che il *confessus* abbia ancora la possibilità di difendersi nel procedimento principale. Questa sua interpretazione, però, è stata contestata da molti altri studiosi tra cui A. STEINWENTER, *Rc.* a S. DI PAOLA, *Confessio* cit., in *Iura*, 4 (1953), pagg. 328 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pag. 371 nt. 260; M. KASER, *Das römische* cit., pag. 202 nt. 22. Altri ancora hanno ritenuto che il convenuto avrebbe potuto ancora difendersi, sebbene *confessus*, nel processo principale magari utilizzando una *exceptio doli* o *pacti conventi*. In tal senso H. H. PFLÜGER, *Zur Lex Rubria*, in *ZSS*, 64 (1944), pagg. 360 ss.; G. NEGRI, *Appunti* cit., pagg. 239 ss.

³⁷² M. WLASSAK, *Konfessio* cit., pagg. 30 ss.; M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 201 s.; G. PROVERA, *Il principio* cit., pag. 98 nt. 23 e pagg. 110- 112 e 125 ss.; N. SCAPINI, *La confessione* cit., pagg. 23 ss.; G. MAININO, *Studi sul caput* cit., pagg. 80 ss.

³⁷³ G. MAININO, *Studi sul caput* cit., pagg. 81 ss., a cui rimandiamo per una trattazione completa. Ed anche V. ARANGIO- RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1984, pagg. 210 ss.; G. DEMELIUS, *Die Confessio* cit., pagg. 137 ss.; U. LAFFI, *La Lex* cit., pagg. 32 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pagg. 250 ss.; G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 97; G. NEGRI, *Appunti* cit., pagg. 256 ss.

chiarire quale possa essere il reale contenuto del *in iure non respondere*³⁷⁴.

Considerando che tale espressione si riferirebbe al processo *per formulas* forse tali parole, come riportate nella *lex Rubria*, starebbero ad indicare la condotta “del convenuto che non risponde all’appello nominale compiuto *in iure* dal magistrato e che pertanto, in caso di mancata risposta, risulta non comparso”, e questo comportamento avrebbe dato vita ad una *indefensio* i cui contorni, dato il suo frequente uso, si sarebbero pian piano delineati nel corso degli anni fino a giungere alla seconda fattispecie contemplata nella *lex Rubria de Gallia Cisalpina* nel *caput XXI*³⁷⁵.

E allora, il *non respondens* sarebbe equiparato al *confessus* per quanto riguarda la *damnatio*, e di conseguenza in caso di mancata *defensio* anche il *non respondens* sarebbe stato colpito dalla *ductio* del magistrato avente carattere di pena definitiva e immediata, così come nel caso del *confessus* inadempiente e *indefensus*³⁷⁶.

Particolare è la proposta di una nuova lettura della locuzione *in iure non respondere* che il Mainino delinea cautamente, ossia di considerare probabile che questa situazione permettesse il ricorso al *lege*

³⁷⁴Come fonti giuridiche: *P. Hamb.* I, 29, ed. Meyer, l. 1-9; *P. Tor.* 13 ed. Peyron; *P. Strassb.* I, 22 ed. Preisigke; D. 5. 1. 73 pr. (Ulp. 4 *de omn. trib.*); D. 48. 17. 5 pr. (Mod. 12 *pandect.*); D. 4. 1. 7 pr. (Marcell. 3 *dig.*); D. 49. 1. 23. 3 (Papin. 9 *respons.*); D. 49. 14. 15. 2 (Mauric. 3 *ad legem Iul. et Pap.*); D. 49. 14. 15. 4 (Mauric. 3 *ad legem Iul. et Pap.*). Come fonti letterarie: Plut., *C. Gr.* 3. 7; Cic., *in Verr.* 2. 2. 98-99; Cic., *in Verr.* 2. 1. 1-3 e 6; Cic., *Phil.* 5. 5. 14; Gell., *noct. Att.* 11. 1. 4; Liv., *urb. Cond.* 25. 4. 9; Ascon., *in Cornel.*, pag. 65, 11-17 Giarr.; Fest. (pag. 198, Lindsay) sv. ‘*ordinarius*’.

³⁷⁵G. MAININO, *Studi sul caput cit.*, pag. 102. Nelle pagine successive lo studioso ritiene che in ogni caso la sua non sia una soluzione esaustiva dato che continuano a persistere dubbi su di un testo enigmatico e, soprattutto, incompleto quale quello della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*.

³⁷⁶*Ibidem*, pagg. 107-108; U. LAFFI, *La lex cit.*, pagg. 34 ss.

agere non solo ai fini dell'esecuzione ma anche *per conductionem* (prerogativa riservata di solito destinato ai soli *cives*), in una provincia particolare quale quella della Gallia Cisalpina, durante l'inizio della seconda metà del I a. C., a seguito dell'estensione della cittadinanza da parte di Cesare.

Il *caput XXII* della *lex Rubria de Gallia Cisalpina* si occupa dei casi di *confessio* e *indefensio* nelle controversie aventi ad oggetto un diritto di credito differente da una *pecunia certa credita*³⁷⁷.

In questa parte del provvedimento vengono elencate tutta una serie di fattispecie basate su diritti relativi riguardanti una qualsiasi prestazione (tranne quelle ovviamente disciplinate precedentemente), quali, ad esempio, il *dare*, il *facere*, il *praestare*, il *restituere* e anche il caso in cui si fosse agito in giudizio tramite una *rei vindictio*.

Gli effetti della *confessio* erano diversi nel caso di una lite avente oggetto qualcosa di diverso da una *pecunia certa credita*, perché, mentre nella *confessio certae pecuniae* non era necessario continuare il processo in quanto c'era stata l'ammissione da parte del convenuto (che poi non avrebbe né adempiuto né proceduto alla *defensio*) del suo obbligo di dare una certa somma all'attore, nel caso contemplato dal *caput XXII* il giudizio doveva necessariamente proseguire, anche se solo ai fini della determinazione della somma della pretesa.

In questa situazione, infatti, il *confessus* non poteva sfuggire alla soggezione all'*actio*, ma, per evitare le conseguenze derivanti dall'*indefensio*, avrebbe dovuto prestare le opportune garanzie e partecipare attivamente alla *litis contestatio* di una *formula* in cui si evidenziavano

³⁷⁷ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 105 ss.

i fatti che il *iudex* non avrebbe dovuto esaminare perché erano stati “posti fuori discussione” dalla *confessio*.

Lo stesso accadeva anche nel caso di una *rei vindicatio*, dato che la *confessio* non avrebbe interrotto la prosecuzione del processo, anzi, serviva solo ad identificare l’attore come *dominus* ovvero a constatare che la *res* era ancora in possesso del *confessus*; dunque, il processo sarebbe continuato con la *litis contestatio*, in caso di corretta *defensio* da parte del convenuto che avesse confessato *in iure*.

Tuttavia poteva accadere che il convenuto, una volta pronunciata la *confessio in iure* in un giudizio relativo ad un oggetto diverso dalla *certa credita pecunia*, rimanesse *indefensus* (situazione speculare a quella disciplinata nel *caput* precedente della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*).

Va, però, rilevato che mentre nel caso della *confessio*, e successiva *indefensio*, nell’*actio certae pecuniae* disciplinato dal *caput* XXI il convenuto, equiparato al *iudicatus*, aveva il termine di trenta giorni prima di vedersi chiamato con un’ulteriore *actio* (si è detto prima un’*actio confessi* modellata sull’*actio iudicati*), nei vari casi previsti dal *caput* XXII il *confessus* non poteva liberarsi nemmeno temporaneamente e di conseguenza rimaneva sempre soggetto agli effetti dell’azione principale nella quale avrebbe dovuto effettuare tutte le attività relative alla sua difesa.

La parte del testo che tratta di questo particolare caso di *indefensio* afferma:

*aut sei de ea re in iure nihil responderit, neque d(e)
e(a) r(e) se iudicio utei oportebit defendet...*

Il *defendere uti oportet*, alla luce di quanto detto sino ad ora, non è altro che il comportamento del convenuto che si fosse rifiutato di prestare garanzie, rifiutando di difendersi e di concludere la *litis* contestatio di una speciale *formula ex* confessione, ovvero non avesse provveduto alla *sponsio* e all'*accipere iudicium*³⁷⁸.

Una volta individuato la condotta che doveva essere sanzionata, il *caput* XXII della *lex Rubria* non ripropone la *fictio damnationis* prevista nel *caput* precedente, poiché, trattandosi di una lite su di una somma non certa di denaro, la *condemnatio* era *incerta*, e quindi era assolutamente impossibile, nel sistema processuale romano, che si desse fittiziamente come avvenuta una condanna prim'ancora dell'intervento del *iudex* per determinarne l'ammontare; infatti, non si poteva utilizzare la stima fatta dall'attore, dato che, anche se il convenuto avesse confessato di dover adempiere ad una certa obbligazione nei confronti dell'attore, con la sua *indefensio* non accettava la valutazione che era stata fatta dalla controparte (se l'avesse fatto la *confessio* si sarebbe trasformata in una *confessio certae pecuniae* così come rilevato dal Pugliese³⁷⁹).

Proprio per queste ragioni il *caput* XXII pare affermare che il magistrato locale non avesse il potere di concedere una *ductio* avente carattere esecutivo, sebbene avrebbe potuto ordinarla nei confronti del convenuto *confessus* ed *indefensus* per intimargli di attivarsi nella sua difesa³⁸⁰.

³⁷⁸ G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 108. U. LAFFI, *La lex* cit., pagg. 280 ss.

³⁷⁹ G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pagg. 191 ss.

³⁸⁰ M. KASER, *Das römische* cit., pag. 277 nt. 23.

Inoltre, dal testo in esame si desume che i magistrati municipali non fossero competenti ad adottare contro l'*indefensus* le misure previste nell'editto, e cioè la *missio in possessionem* con conseguente *proscriptio* e *venditio*, perché, non essendoci una *fictio damnationis*, non erano autorizzati a decretare la *ductio*. E' per tale motivo, dunque, che la *lex Rubria* in questa particolare situazione prevede l'intervento del *praetor*, che al contrario del magistrato locale aveva la competenza di decretare l'esecuzione forzata sul patrimonio del convenuto *indefensus*, un atto di sicuro più efficace della semplice *ductio*³⁸¹, che si sperava avesse avuto una maggiore pressione ai fini di una difesa seppur tardiva³⁸².

Si è già detto in precedenza, che affinché ci fosse la *defensio* del convenuto, questi non doveva semplicemente prendere parte alla *litis contestatio*, e quindi procedere col *iudicium accipere*, ma era altresì necessario che venisse prestata la *cautio iudicatum solvi* che si configurava principalmente³⁸³ come la garanzia dell'adempimento dell'*obliga-*

³⁸¹ G. PROVERA, *Il principio* cit., pagg. 108 ss.; U. LAFFI, *La lex* cit., pag. 282; M. WLASSAK, *Konfessio* cit., pagg. 24 ss.

³⁸² U. LAFFI, *La lex* cit., pagg. 282 ss.; F. J. BRUNA, *Lex Rubria* cit., pagg. 225 ss., afferma che il processo riprendeva dinanzi al pretore; W. SIMSHÄUSER, *Rc.* a U. LAFFI, *La lex* cit., in *ZSS*, 105 (1988), pagg. 394 ss., propone una visione alternativa a quella del Bruna sull'interpretazione delle attività del *ius dicere* e *decernere* che assumerebbero un significato più ampio di quello prospettato dall'altro studioso; ancora, il G. PUGLIESE, *Il processo* cit., pag. 122 nt. 30, ritiene che il *duci iubere* si riferisse allo *ius dicere*, mentre la *missio in bona* rientrava nel *decernere*. Sia per il SIMSHÄUSER che per il PUGLIESE, il *ius dicere* non sarebbe, dunque, un'attività del pretore, soluzione accettata dal LAFFI stesso, che ritiene più plausibile che il processo sarebbe continuato dinanzi al magistrato municipale, giustificando questa sua ipotesi sulla considerazione che la causa comunque non andava oltre il valore di quindicimila sesterzi e quindi rientrava nella competenza di quest'ultimo; addirittura congettura che anche se il processo fosse continuato a Roma, il *iudex* sarebbe potuto comunque essere stato scelto tra i cittadini del luogo di residenza delle parti.

³⁸³ Serviva inoltre a garantire che il convenuto si sarebbe poi difeso nel processo *arbitratu boni viri* e che la sua condotta presente e anche futura non sarebbe stata viziata da *dolus*.

tio iudicati; questa ulteriore attività del convenuto era data dalla particolare struttura dell'*actio iudicati*, che nel sistema processuale romano avrebbe realizzato le finalità dell'esecuzione forzata soltanto nel caso in cui il convenuto non avesse assunto la propria difesa *uti oportet*.

La suddetta struttura in realtà non era differente da quella delle altre *actiones in personam* aventi carattere cognitorio³⁸⁴.

Il Wenger e la La Rosa, però, non concordano con questa interpretazione e propendono per l'autonomia dell'*actio iudicati*³⁸⁵.

Nello stesso senso si esprime il Provera, il quale ritiene che tale azione non solo svolgesse una funzione di accertamento ma anche una di esecuzione, in relazione alla condotta del convenuto³⁸⁶.

La *cautio iudicatum solvi* prima menzionata serviva ad evitare che il convenuto decidesse di aderire alla *litis contestatio* soltanto col fine di evitare la pena esecutiva in attesa del nuovo accertamento; invece era obbligato dal pretore a prestare anche questa garanzia del pagamento della somma risultante dalla nuova condanna. E dunque se egli si fosse rifiutato di prestare la *cautio* ovvero ne avesse data una inidonea³⁸⁷ era considerato *indefensus* e come tale assoggettabile alla *ductio* o alla *missio in bona*.

Ulpiano nella sua definizione³⁸⁸ del *recte defendi* afferma che una volta conclusa l'*actio iudicati* in senso favorevole all'attore, il conve-

³⁸⁴ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, 4, pagg. 74 ss.

³⁸⁵ L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901, pagg. 11 ss.; F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» cit.*, pagg. 59 ss.

³⁸⁶ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 110 ss. nt. 33.

³⁸⁷ L'adeguatezza o meno della *cautio iudicatum solvi* era sempre verificata dal *praetor*.

³⁸⁸ D. 5. 1. 63 (Ulp. 40 *ad ed.*).

nuto avrebbe potuto ancora difendersi sottraendosi alla sanzione esecutiva, ma il magistrato poteva intervenire bloccando questo suo tentativo ed assoggettandolo alla *ductio* e alla *missio in bona*³⁸⁹.

L'importanza della *cautio iudicatum solvi* è confermata dal fatto che questo atto fosse necessario anche quando il convenuto fosse rappresentato in giudizio da un *cognitor*, un *procurator* o un *defensor*, chiaramente con le opportune differenze³⁹⁰.

In caso di rappresentanza tramite un *cognitor*, la garanzia era prestata dal *dominus litis*, mentre il *cognitor* doveva *iudicium accipere*; il *procurator* e il *defensor*, in caso di contestazione *alieno nomine*, doveva prestare personalmente la *cautio*. Poteva accadere che una volta prestata la *cautio*, nessuno volesse *accipere iudicium* e, dunque, è necessario capire se il pretore avrebbe potuto predisporre la *ductio* e la *missio in bona* anche nei confronti del rappresentante *indefensus*.

Le fonti, a tal proposito, parlano di *cogere iudicium accipere* che serve ad indicare la coazione che si esercitava, in caso di *indefensio*, attraverso la *missio* e la *ductio*, coazione peraltro esercitabile solo nelle *actiones in personam*³⁹¹.

Di sicuro, nel caso del *cognitor*, egli sarebbe stato soggetto a questa coazione, quando fosse rimasto *indefensus*; tuttavia, il magistrato aveva un ampio margine di discrezionalità che gli dava anche la possibilità di escludere questa coazione quando lo avesse ritenuto necessario³⁹².

³⁸⁹ In tal senso Cic. *pro Quinct.*, 8. 30; Gai. 4. 102.

³⁹⁰ Gai. 4. 101.

³⁹¹ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, pagg. 382 ss.

³⁹² D. 3. 3. 8. 3 (Ulp. 8 *ad ed.*).

Il *defensor absentis*, cui era equiparato il *procurator*, in caso di *indefensio* pare fosse ugualmente assoggettato alla stessa coazione prevista per il *cognitor*, come ampiamente confermato dalle fonti³⁹³.

In conclusione, circa il regime dell'*indefensio* nelle *actiones in personam* nel processo formulare, si può affermare che esisteva un regime caratterizzato da un potere di esecuzione forzata sin dalla *in ius vocatio*; era possibile una liberazione temporanea laddove ci fosse stata l'adesione alla *litis contestatio*, ma, nel frattempo si iniziava una nuova azione, *actio iudicati*, che assoggettava di nuovo il convenuto all'esecuzione e questa volta avrebbe potuto sottrarsi non solo aderendo alla ulteriore *litis contestatio* ma prestando anche l'idonea *cautio iudicatum solvi*, anche in caso di rappresentanza.

2. 2 La cd. *indefensio* nelle *actiones in rem*

Nel paragrafo precedente si è tentato di ricostruire il regime dell'*indefensio* nelle *actiones in personam* nel processo formulare, soprattutto in virtù delle norme riportate dalla *lex Rubria de Gallia Cisalpina*.

E dunque, sembra opportuno parlare ora di quale fosse invece la disciplina applicabile in caso di *indefensio* nelle *actiones in rem*, se ci fossero, o meno, delle somiglianze con quanto previsto per le azioni riguardanti rapporti obbligatori.

Le fonti sembrano affermare che alla mancata adesione alla *litis contestatio* non seguisse subito l'applicazione di una sanzione esecu-

³⁹³ D. 3. 3. 43. 6 (Paul. 9 *ad ed.*); D. 3. 3. 44 (Ulp. 7 *disp.*); D. 3. 3. 45 (Paul. 3 *ad ed.*); D. 3. 3. 35. 3 (Ulp. 9 *ad ed.*).

tiva, per cui fu necessario istituire una serie di mezzi idonei a fare pressione sul convenuto che, nonostante il suo rifiuto a partecipare attivamente al processo, allo stesso tempo continuasse ad essere il possessore della *res*.

Per il caso di *latitans* ed *absens*³⁹⁴ sembrerebbe prevista la *missio in bona*³⁹⁵, che, come rileva Ulpiano³⁹⁶, in età classica pare riguardasse soltanto il possesso della *res* rivendicata:

D. 42. 4. 7. 19 (Ulp. 59 *ad ed.*): *Divus quoque pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescriptis in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditariarum.*

Proprio il testo ulpiano può essere considerato come una valida argomentazione per la quale le norme riguardanti l'assente e il latitante andrebbero applicate anche all'*indefensus* in una *actio in rem* formulare, e tale ipotesi sembrerebbe confermata da un testo di Giuliano³⁹⁷

³⁹⁴ Su cui v. parte terza della tesi.

³⁹⁵ Ciò si desume, nonostante le probabili interpolazioni, da: D. 42. 4. 7. 16 (Ulp. 59 *ad ed.*); D. 42. 4. 7. 17 (Ulp. 59 *ad ed.*); D. 42. 4. 7. 18 (Ulp. 59 *ad ed.*). In relazione al primo brano di Ulpiano il PROVERA si discosta dall'esegesi, da lui definita "ardita", proposta da M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939, pagg. 50 ss., critica già mossa da G. BRANCA, *Rc. a LEPRI, Note sulla cit.*, in *SDHI*, 9-10 (1943), pagg. 127 ss.

³⁹⁶ D. 42. 4. 7. 19 (Ulp. 59 *ad ed.*).

³⁹⁷ D. 8. 5. 18 (Iul. 6 *ex Min.*).

sulla *vindicatio servitutis*, che prevede la *missio in bona*³⁹⁸ per il convenuto irreperibile in questo tipo di azione³⁹⁹:

D. 8. 5. 18 (Iul. 6 ex Min.): *Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. respondi oportere praetorem causa cognita iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constituisset et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresve exaruisset.*

Quindi, la presenza del convenuto nella fase *in iure* del processo formulare di rivendica era ancora fondamentale e indispensabile perché il rito si svolgesse correttamente, anche se, a differenza delle *legis actiones*, non era più richiesta, anzi addirittura sembra essere quasi inutile, la presenza della *res litigiosa*⁴⁰⁰, poiché nel nuovo tipo processuale, qualora non ci fosse stato l'adempimento dell'*obligatio iudicati*, il pretore avrebbe proceduto con la *ductio* e la *missio in bona* che avrebbero insisto non più sul corpo del *vocatus indefensus* ma sul suo patrimonio, per la mancanza, in questo tipo di processo, di qualsiasi mezzo di coazione diretta per il possesso della *res litigiosa*.

³⁹⁸ Chiaramente, la *missio in bona* era impossibile quando fossero intervenuti o un *cognitor*, o un *procurator* ovvero un *defensor*, perché in questo caso la *litis contestatio* sarebbe stata effettuata correttamente così come accadeva nelle *actiones in personam*.

³⁹⁹ Bisogna rilevare che gli ultimi due brani dei *Digesta* cui si è fatto riferimento nella presente analisi, senza dubbio sono stati oggetto di manipolazioni, sulle quali si sono espressi: E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano. Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38 (1930), pag. 139; M. F. LEPRI, *Note sulla cit.*, pag. 52; ID., *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, in *Studi Albertario*, 1, pagg. 761 ss.

⁴⁰⁰ D. 6. 1. 6 (Paul. 6 ad ed.).

Dopo la presenza di entrambe le parti dinanzi al magistrato, era però necessario che anche il convenuto partecipasse alla *litis contestatio*, strettamente connessa alla dazione della *cautio iudicatum solvi*, come espressamente riportato da Gaio⁴⁰¹.

Senza dubbio la *cautio* in questo tipo di azione aveva un valore diverso rispetto a ad una controversia su rapporti relativi; infatti, essa era importante per permettere in maniera effettiva all'attore di immettersi nel possesso della *res*, dato che senza tale garanzia l'ordine del pretore di pagare la somma corrispondente al valore della cosa avrebbe avuto scarsa efficacia.

Inoltre, ancora una volta, era previsto, dopo la prestazione della *cautio iudicatum solvi*, l'obbligo di *accipere iudicium*, ossia di partecipare alla *litis contestatio*, obbligazione che se rimaneva inadempita aveva come conseguenza il ricorso ad un'*actio ex stipulatu* con le conseguenti *ductio* e *missio in bona*⁴⁰².

Le differenze tra la procedura *per legis actiones* e quella *per formulas* sono ben note. Per quanto concerne la fase *in iure* non era più prevista la possibilità del pretore di concedere l'*addictio*; in quella *apud iudicem*, la sanzione esecutiva seguiva alla *condemnatio pecuniaria*: l'*obligatio iudicati* veniva fatta valere attraverso l'*actio iudicati* che consentiva sia la *ductio* che la *missio in bona*, qualora il convenuto non avesse, nella fase precedente, aderito alla *litis contestatio* o non avesse prestato idonea garanzia⁴⁰³.

⁴⁰¹ Gai. 4. 89 e 91.

⁴⁰² In questo senso G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 138 ss.; M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS, 25 (1904), pag. 132 nt. 2. Contra M. F. LEPRI, *A proposito cit.*, pagg. 774 ss.

⁴⁰³ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 141.

Per evitare, allora, che il processo rimenesse fatalmente paralizzato il pretore dovette intervenire col suo editto attraverso la previsione di strumenti adatti a risolvere tale problema, che sarebbero stati diversi a seconda che la *rei vindicatio* formulare riguardasse un bene immobile ovvero un bene mobile⁴⁰⁴.

Per una maggiore chiarezza della presenta analisi è sembrato preferibile trattare in due distinti paragrafi queste due distinte situazioni.

2. 2. 1 La cd. *indefensio* nella *rei vindicatio* immobiliare e l'*interdictum quem fundum*

Nel processo *per formulas*, in caso di rivendica di un bene immobile, qualora il convenuto fosse rimasto *indefensus*, l'editto del pretore prevedeva l'*interdictum quem fundum*, sul quale, purtroppo, ci sono pervenute scarsissime e, spesso, incomplete notizie a causa dell'avvento della processo di cognizione straordinaria che introdusse nuovi strumenti processuali.

Secondo la ricostruzione effettuata dal Lenel⁴⁰⁵ la clausola dell'*interdictum quem fundum* sarebbe la seguente:

⁴⁰⁴ Per i beni immobili si poteva ricorrere all'*interdictum quem fundum*, per quelli mobili all'*actio ad exhibendum*. Di questi rimedi si tratterà nei paragrafi successivi della presente ricerca.

⁴⁰⁵ O. LENEL, *Das Edictum* cit., pagg. 474 ss. La dottrina maggioritaria accetta questa ricostruzione, come M. KASER, *Das römische* cit., pagg. 276 ss. e nt. 17.

Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, eum illi restituas.

L'esistenza di tale strumento pretorio è confermata anche da:

Vat. Fragm. 92: lib. IV de interdictis sub titulo «a quo fructus petetur, si rem nolit defendere». Sicut corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet, et ideo necessario ad exemplum interdicti «quem fundum» proponi etiam ei interdictum «quem usum fructum vindicare velit» de restituendo usu fructu.

Già si è detto in precedenza come fosse nel potere del convenuto, possessore della *res*, bloccare la normale prosecuzione del procedimento rimanendo *indefensus* per la sua mancata partecipazione alla *litis contestatio* e per la mancata dazione della *cautio iudicatum solvi*, sfuggendo all'applicazione immediata della *ductio* e della *missio in bona*.

Dunque, era necessario assicurare che l'attore potesse immettersi nel possesso (o nella detenzione) del fondo.

A tal fine era previsto un intervento del *praetor* nei confronti del possessore (anche del possessore che fosse diventato tale con dolo) a cui veniva intimato di restituire seduta stante il fondo all'attore che aveva agito con la *rei vindicatio*; tuttavia, laddove si fosse verificata una situazione del genere, la questione rimaneva sempre irrisolta nel merito, e quindi il convenuto avrebbe potuto agire come attore in una ulteriore *rei vindicatio* nei confronti di colui a cui era stato conferito il

possesso della *res* a seguito della concessione dell'*interdictum quem fundum*. Per ovviare a questo problema, il pretore richiedeva una *satisfactio* alla parte che avesse richiesto tale interdetto⁴⁰⁶, come sancito dal giurista Paolo⁴⁰⁷.

Il brano di Paolo fa riferimento ad un caso di *petitio hereditatis*, che viene accostato a quello della *rei vindicatio* per analogia, dato che, quando il convenuto non avesse preso parte alla *litis contestatio* e non avesse prestato la *cautio*, il pretore avrebbe potuto concedere un *interdictum quem hereditatem*, modellato sull'interdetto *quem fundum*.

In quanto alle caratteristiche tipiche dell'*interdictum quem fundum*, si trattava di un interdetto restitutorio⁴⁰⁸ e *simplex*, che aveva lo scopo di far (ri)acquistare al rivendicante il possesso della *res* immobile.

Dunque il legittimato attivo che poteva richiedere al pretore la concessione dell'interdetto era l'attore che aveva proposto la *rei vindicatio*, mentre quello passivo era il possessore convenuto *indefensus* che sarebbe stato il destinatario dell'ordine di restituzione del pretore.

Anche nell'interdetto era necessario il *defendere*, e, a seconda del comportamento che il convenuto *indefensus* avrebbe assunto, la prosecuzione del processo sarebbe stata differente.

⁴⁰⁶ In questo senso G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 144 ss. Contra M. F. LE-PRI, *A proposito cit.*, pagg. 778 ss.

⁴⁰⁷ Paul. Sent. I. 11. 1.

⁴⁰⁸ Contra G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio nella rivendica: agere in rem per sponsionem e interdetto quem fundum*, in *AUPA*, 43 (1995), pagg. 537 ss., che ritiene che l'*interdictum quem fundum* abbia carattere proibitorio, poiché, secondo la sua interpretazione, basata su una lettura diversa delle fonti, l'*agere ex interdicto prohibitorio* andrebbe inquadrato originariamente nell'*agere in rem per sponsionem*, dove la *sponsio* era sia *praeiudicialis* ma anche *poenalis*. Il FALCONE, inoltre, accosta l'*interdictum quem fundum* all'*actio ad exhibendum*, affermando che questo parallelismo giustifichi la sua tesi, dato che la suddetta *actio* aveva il compito di indurre il convenuto *indefensus* a compiere un *exhibere*, inteso come *tollere pati*.

In particolare egli avrebbe potuto richiedere la nomina di un arbitro, perciò tutto era basato su di una *formula arbitraria* che poteva sfociare in una *restitutio* che “si poneva come condizione negativa di una condanna nel *quanti ea res erit*, suscettibile di esecuzione forzata attraverso la *ductio* e la *missio in bona*”⁴⁰⁹.

Se, invece, il convenuto non avesse richiesto la nomina di un *arbiter*, allora l’attore avrebbe dovuto agire *per sponsionem* e se il suddetto procedimento lo vedeva vittorioso si seguiva la stessa procedura della *formula arbitraria*⁴¹⁰.

Dunque, da quanto appena esposto, pare che, in caso di *indefensio* in un’*actio in rem* su di un bene immobile, il convenuto era sempre raggiunto da un ordine pretorio di restituzione basato sull’*interdictum quem fundum* che prevedeva nuovamente la partecipazione del convenuto alla *litis contestatio*, pena la condanna di quest’ultimo al *quanti ea res erit*. La pena inflitta significava l’attivazione di un’*actio iudicati*, le cui conseguenze sono le ormai note *ductio* e *missio in bona*⁴¹¹, analogamente a quanto previsto in caso di *indefensio* nell’*actio confessi/iudicati* nelle *actiones in personam*⁴¹².

In conclusione, allora, l’*interdictum quem fundum* aveva come fine principale quello di permettere la realizzazione della sanzione secutiva (personale o patrimoniale che fosse) in maniera immediata, sanzione a cui si poteva sfuggire se si procedeva alla restituzione della *res* immobile dopo l’emissione dell’ordine pretorio ovvero *arbitratu iudicis*⁴¹³.

⁴⁰⁹ Gai. 4. 163. G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 148.

⁴¹⁰ Gai. 4. 165.

⁴¹¹ D. 43. 29. 3. 14 (Ulp. 71 *ad ed.*).

⁴¹² D. 43. 1. 1. 3 (Ulp. 77 *ad ed.*).

⁴¹³ C. 8. 6. 1 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Cyrillo).

2. 2. 2 La cd. *indefensio* nella *rei vindicatio* mobiliare e l'*actio ad exhibendum*

La rivendica nel processo *per formulas*, oltre ad insistere su di un bene immobile, poteva anche riguardare un bene mobile. Anche in questo caso poteva accadere che il convenuto, una volta presentatosi *in iure*, decidesse non solo di *rem non defendere*, ma occultasse la *res*⁴¹⁴. E, quindi, era necessario capire dove e presso chi essa fosse stata nascosta.

Mentre nella *rei vindicatio* immobiliare lo strumento a cui era possibile ricorrere in caso di *indefensio* era l'*interdictum quem fundum*, in quella mobiliare si poteva ricorrere all'*actio ad exhibendum*, le cui origini andrebbero ricollegate ai mezzi che, nel processo *per legis actiones*, miravano a raggiungere materialmente il bene rivendicato, e cioè la perquisizione *lance et licio* e *testibus praesentibus*, strumenti che si applicarono alla difesa del diritto di proprietà fin quando non ci fu una separazione tra il processo che perseguiva il *furtum* e quello diretto a tutelare i diritti reali, momento in cui proprio l'*actio ad exhibendum* andò a sostituirli⁴¹⁵.

La dottrina si è spesso confrontata sull'origine, la struttura e la funzione dell'*actio ad exhibendum*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grünhuts Zeitschrift*, 37 (1910), pag. 4, afferma «Aber freilich, man kann nicht die rei vindicatio ablehnen und dennoch die streitige Sache behalten».

⁴¹⁵ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 156 nt. 91; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26 (1957), pagg. 624 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau, 1956, pagg. 46 ss.

⁴¹⁶ M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in *RIDA*, III, 14 (1967), pagg. 269 ss.; J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, in *SDHI*, 26 (1960), pagg. 190 ss.; M. MARRONE, *op. ult. cit.*; G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 160 ss.; ID., «*Indefensio*» e legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, in *Studi Grosso*, 6, pagg. 209 ss.

E' pacifico che, quando il *vocatus* avesse affermato di non volersi difendere in quanto non in possesso della *res* litigiosa ovvero avesse semplicemente rifiutato di *iudicium accipere*, il *dominus* sarebbe ricorso a tale azione, per la cui condanna era sufficiente provare che il convenuto occultasse il bene presso di sé, si badi bene a qualsiasi titolo. Infatti, il soggetto legittimato all'esercizio dell'*actio ad exhibendum* non era solo il possessore ma anche il semplice detentore⁴¹⁷.

Qualora l'attore rivendicante avesse fatto ricorso a questa *actio*, il convenuto *indefensus* si sarebbe trovato di fronte ad un'*actio in personam* dove per difendersi avrebbe dovuto partecipare attivamente alla *litis contestatio*. Se l'avesse fatto il processo sarebbe proseguito nel suo normale iter, e, quindi, se l'attore fosse risultato vittorioso ci sarebbe stata l'immediata applicazione della *condemnatio pecuniaria*, che se non adempiuta portava alla *ductio* e alla *missio in bona*. Esistevano, però, ulteriori possibilità: ad esempio il convenuto avrebbe potuto restituire la *res*, o assumere la propria difesa oppure *exhibere*, il comportamento che maggiormente interessa ai fini della presente analisi.

Per chiarire il significato del termine *exhibere* ci si può rifare a:

D. 50. 16. 22 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessionem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.*

⁴¹⁷ M. MARRONE, *Actio cit.*, pagg. 285 ss.

E allora, oltre alla differenza che Gaio sottolinea tra *exhibere* e *restituere*, la valenza di questa parola sembra essere relativamente chiara, ossia che il convenuto con un'*actio ad exhibendum* avrebbe dovuto dire dove si trovasse la cosa, portandola dinanzi all'attore.

Tale *exhibere* poteva realizzarsi dinanzi al magistrato ovvero *in iudicio arbitrato iudicis*: in entrambi i casi questo comportamento significava che la cosa veramente si trovava presso il convenuto *indefensus* che persisteva nella sua condotta ostruzionistica. Quindi quando si è detto che la *res* dovesse essere portata dinanzi all'attore si intendeva che a questi dovesse esserne assicurato il possesso⁴¹⁸.

Chiaramente lo scopo principale di questa azione era che la *res* venisse esibita dinanzi al magistrato, perché, nel caso in cui ciò non fosse avvenuto o quando il convenuto avesse deciso di non prender parte alla *litis contestatio*, sarebbero divenute applicabili le pene previste per l'*indefensus*, quindi *ductio* e *missio in bona*; al contrario, se la *res* fosse stata esibita, il convenuto o doveva difenderla nell'ambito dell'azione di rivendica (anche se tardivamente) ovvero il magistrato poteva privarlo del possesso a seguito del *duci iubere*, che può configurarsi come lo stesso ordine di restituzione previsto nell'*interdictum quem fundum*⁴¹⁹.

E dunque, sia l'*interdictum quem fundum* che l'*actio ad exhibendum*, erano degli strumenti processuali che riproponevano lo schema delle *actiones in personam*, per cui se il convenuto avesse continuato a rimanere *indefensus* anche a seguito degli ordini rivoltegli dal magi-

⁴¹⁸ All'*exhibere*, dunque, pare corrispondere un *tollere pati*.

⁴¹⁹ G. PROVERA, «*Indefensio*» cit., pagg. 214 ss.; ID., *Il principio* cit., pagg. 163 ss.; M. MARRONE, *Actio* cit., pagg. 492 ss.; J. BURILLO, *Contribuciones* cit., pagg. 216 ss.

strato di aderire alla *litis contestatio*, sarebbe andato inevitabilmente incontro alla *ductio* e alla *missio in bona*, a meno che, nell'ambito della rivendica mobiliare, si fosse recato *in iure* portando con sé la *res*, ipotesi in cui, permanendo la sua *indefensio*, il magistrato avrebbe autorizzato l'attore a prendere possesso del bene.

Come corollario del discorso fin qui effettuato in relazione all'*actio ad exhibendum*, ma anche all'*interdictum quem fundum*, pare opportuno ricordare due testi dei *Digesta*:

D. 6. 1. 80 (Fur. Anth. 1 *ad ed.*): *In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.*

D. 50. 17. 156 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): *Invitus nemo cogitur rem defendere.*

Questi brani appena riportati farebbero riferimento alla disciplina dell'*indefensio* nelle *actiones in personam* e in quelle *in rem*, in particolar modo sottolineandone la contrapposizione.

Infatti, come già più volte evidenziato, l'*indefensus* in un'*actio in rem* qualora si fosse rifiutato di prender parte alla *litis contestatio*, non avrebbe avuto nell'immediatezza alcuna applicazione di sanzioni, cosa che invece sarebbe accaduta, tramite la *ductio* e la *missio in bona*, se si fosse trattato di un'*actio in personam*.

Secondo la lettura del Provera, nella rivendica formulare, qualora si fosse verificata una ipotesi di *indefensio* da parte del convenuto,

quest'ultimo non soggiaceva ad una "coazione" a partecipare alla *litis contestatio* perché nel processo formulare di *rei vindicatio* non esisteva alcun obbligo di partecipazione alla controversia, ed è proprio per questo motivo che diventava indispensabile ricorrere a degli strumenti idonei, quali appunto l'*interdictum quem fundum* e l'*actio ad exhibendum*, per colpire non l'*indefensio* in sé considerata, ma la condotta ostruzionistica del convenuto che, approfittando dell'assenza di sanzioni immediate, continuava a *rem non defendere* per rimanere nel possesso (o detenzione) del bene rivendicato dall'attore; ma, una volta colpito con i rimedi pretori prima indicati, se non si fosse attivato avrebbe subito, come in qualsiasi *actio in personam*, la *ductio* e la *missio in bona*⁴²⁰.

3. Brevi cenni alla cd. *indefensio* nelle *actiones noxales*

Si accennerà ora brevemente all'ipotesi di *indefensio* nelle *actiones noxales*⁴²¹.

La ricostruzione della disciplina applicabile si presenta particolarmente complicata sia per la struttura stessa di questo tipo di azioni sia perché le poche fonti in materia sono, senza dubbio, state fortemente manipolate dai compilatori⁴²².

⁴²⁰ G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 171 ss. Contra G. PUGLIESE, *Actio e cit.*, pagg. 388 ss.; M. MARRONE, *Actio cit.*, pagg. 329 ss.

⁴²¹ Per la definizione di *actiones noxales* si vedano A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 976 ss.; M. KASER, "Noxae dedere" oder "noxae dare", in ZSS, 87 (1970), pagg. 445 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni noxali*, in *Studi Carnelutti*, II (1950), pagg. 130 ss.; O. LENEL, *Die Formeln der "actiones noxales"*, in ZSS, 47 (1927), pagg. 1 ss.; B. BIONDI, "Actiones noxales", in *AUPA*, 10 (1925), pagg. 99 ss.

⁴²² E' ovvio che in epoca imperiale i compilatori non avessero più interesse a mantenere una disciplina ormai totalmente sostituita dall'introduzione della *cognitio extra ordinem*, in cui era possibile procedere anche in contumacia (di cui si tratterà in modo specifico nel prossimo capitolo della presente analisi) e dove, inoltre, era stata riconosciuta la

Il Pugliese ed il Provera ritengono che la *ductio* e la *missio in bona* potessero essere decretate dal *praetor* solo nei confronti del *pater* o del *dominus*, convenuto/i in giudizio per un delitto commesso dal *filius* o dal *servus*, che avesse omesso o non avesse dato a noxa il figlio o lo schiavo ovvero avesse deciso di non *accipere iudicium*.

Nonostante le prima ricordate difficoltà ricostruttive dovute alla non genuinità delle fonti, dottrina maggioritaria⁴²³ ritiene si possa affermare che, in quanto al regime previsto in caso di *indefensio*, le *actiones noxales* fossero assimilabili (anche se non *in toto*, come poi si noterà) a quelle *in personam*⁴²⁴.

Ancora una volta è fondamentale, per l'analogia con le *actiones in personam*, il riferimento alla *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, e specificamente al *caput XXII* dove erano previste la *ductio* e la *missio in bona* nel caso in cui ci fosse stata la *confessio* e/o l'*indefensio* in un'azione nossale, appunto, questa volta dinanzi ai magistrati municipali competenti.

Molti brani dei *Digesta*, sebbene come più volte ribadito sicuramente spuri, sembrerebbero confermare l'uguaglianza di regime, in caso di *indefensio*, tra le azioni *in personam* e quelle nossali.

capacità giuridica anche ai *fili families* per cui era possibile esercitare l'*actio ex delicto* direttamente nei loro confronti; per quanto riguarda gli schiavi, sembra permanere un residuo del regime della nossalità, ma non più di carattere penale, piuttosto si trattava di un'azione di risarcimento.

⁴²³ Per tutti G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 173 ss.; G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi Albertario*, I, (1953), pagg. 251 ss.

⁴²⁴ In questo senso anche F. FILOMUSI GUELF, *Il processo civile contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873, pagg. 39 ss.; contra, v. B. BIONDI, *Actiones cit.*, pagg. 152 ss. Lo studioso ritiene che tali azioni rientrerebbero nella stessa disciplina delle *actiones in rem*, poiché qualora lo schiavo non fosse stato difeso dal *dominus* allora ci sarebbe stata la pronuncia del *duci iubere* da parte del magistrato, analogamente a quanto accadeva nelle azioni reali.

In primis c'è una testimonianza di Paolo⁴²⁵ che parla di una pena che veniva comminata al *dominus* che non avesse assunto la difesa dello schiavo assente ovvero non lo avesse esibito, e, con molta probabilità, tale pena consisteva nella *ductio* e nella *missio in bona*. Lo stesso trattamento sarebbe applicabile, in virtù di un brano di Ulpiano⁴²⁶, anche al padrone che avesse dichiarato che il *servus* non era nella sua *potestas*. Infatti, questa situazione era, per analogia, assimilata a quella del convenuto *indefensus* in un'*actio certae creditae pecuniae*, che, come ampiamente già mostrato nei paragrafi precedenti, sarebbe stato colpito con le sanzioni prima ricordate per le *actiones in personam*⁴²⁷.

Sempre Ulpiano⁴²⁸, in un altro brano sempre alterato, afferma che il *dominus* chiamato in giudizio con un'*actio noxalis*, qualora lo schiavo fosse stato presente dinanzi al magistrato, avrebbe dovuto assumerne la difesa partecipando alla *litis contestatio* ovvero darlo a noxa; se la sua condotta non avesse aderito a nessuna di queste due ipotesi si applicavano, ancora una volta, le sanzioni previste per l'*indefensus* in un'azione *in personam*.

Un'altra testimonianza, questa volta di Pomponio⁴²⁹, si riferisce all'impossibilità di costringere il convenuto in un'*actio noxalis* ad *accipere iudicium*, che sembrerebbe, in quanto alla formulazione, molto simile, ma solo di primo impatto, al passo ulpiano riportato in D. 50. 17. 156 che, però, fa riferimento alla disciplina dell'*indefensio* nelle

⁴²⁵ D. 9. 4. 22. 3 (Paul. 18 *ad ed.*). Sull'esegesi di questo passo la dottrina ha presentato opinioni discordanti, in particolare sul significato del termine *punitur* che secondo alcuni avrebbe dato vita ad un *iudicium sine noxae deditione* (opinione ampiamente smentita), mentre secondo altri (ed è questa la corrente di pensiero che poi è prevalsa) le conseguenze sarebbero state la *ductio* e la *missio in bona*.

⁴²⁶ D. 9. 4. 21. 4 (Ulp. 23 *ad ed.*), testo in cui è molto chiaro l'intervento dei compilatori. Si vedano anche D. 9. 4. 33 (Pomp. 14 *ad Sab.*); D. 9. 4. 28 (Gai. 6 *ad ed. prov.*).

⁴²⁷ M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 254 ss.

⁴²⁸ D. 9. 2. 21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*).

⁴²⁹ D. 9. 4. 33 (Pomp. 14 *ad Sab.*).

azioni reali. Ma il comportamento del convenuto aveva delle conseguenze totalmente differenti in caso di mancata assunzione della difesa a seconda che questi lo fosse in un'*actio in rem* ovvero in un'azione nossale. Nelle *actiones in rem*, difatti, la *indefensio* non aveva alcuna immediata conseguenza nei confronti del convenuto, ma era necessario il ricorso a particolari strumenti coattivi, quali l'*interdictum quem fundum* e l'*actio ad exhibendum*; per il convenuto in un'*actio noxalis* esisteva la possibilità di scelta tra due condotte: *iudicium accipere* o *noxae dedere*, ed è proprio questa particolare struttura ad avere in sé il carattere di intimazione, sotto la minaccia della *ductio* e della *missio in bona* se il convenuto non avesse assunto nessuna delle sopra citate condotte⁴³⁰.

Chiaramente, questo iter era possibile solo quando il *dominus* convenuto si trovasse nella posizione di *noxae dedere*, che avesse, in altre parole, la *potestas* sul *servus* e “la legittimazione passiva all'azione nossale”, circostanze, entrambe, che sarebbe potuto essere oggetto di contestazione⁴³¹.

Nell'ipotesi di contestazione, dunque, si procedeva con le *interrogationes in iure*, per evitare, seppur temporaneamente, che al convenuto *indefensus* si applicassero le relative sanzioni esecutive.

Se il convenuto, alla domanda dell'attore, rispondeva di essere il padrone, avrebbe dovuto assumere la difesa nei modi prima ricordati pena l'immediata esecuzione delle sanzioni pretorie; se, al contrario,

⁴³⁰ G. PUGLIESE, *Obbligazione del cit.*, pagg. 257 ss.; G. PROVERA, *Il principio cit.*, pagg. 177 ss.

⁴³¹ Differentemente da quanto previsto nelle *actiones in personam*, dove l'unica scelta data al convenuto era quella di assumere la propria difesa partecipando alla *litis contestatio* ovvero, laddove non l'avesse fatto, vedersi destinatario della *ductio* e della *missio in bona*. Tale diversità di regime è data dalla particolare struttura delle azioni nossali.

rispondeva di non essere il *dominus* non sarebbe stato più possibile procedere con l'azione nossale ma si sarebbe instaurato un *iudicium sine noxae deditio*, che aveva lo stesso regime delle *actiones in personam*, per cui il convenuto avrebbe dovuto assumere la difesa per non incorrere nella *ductio* e nella *missio in bona*.

L'attore, però, poteva anche chiedere al convenuto se avesse la *potestas* sul servo (anche quando quest'ultimo non fosse presente dinanzi al magistrato) e in caso di risposta negativa si applicava un editto, ricordato da Ulpiano⁴³², in cui si prevedeva o un *iusiurandum in potestate sua servum non esse neque se dolo malo fecisse quo minus esset* ovvero l'instaurazione di un *iudicium sine noxae deditio*, con le conseguenze già precedentemente illustrate. L'attore aveva anche un'ulteriore chance, ossia quella di procedere con un'*actio ad exhibendum*⁴³³, a seguito della quale il convenuto doveva scegliere se *accipere iudicium* oppure *exhibere* con conseguente perdita del possesso dello schiavo a seguito dell'ordine del pretore di *duci iubere*.

Da quanto sinteticamente riportato sulle regole previste in caso di *indefensio* del *pater/dominus* convenuto con un'*actio noxalis*, si può concordare con la tesi del Pugliese, accolta anche dal Provera, che vedrebbe un'applicazione analogica della disciplina prevista per le *actiones in personam*, ovviamente con alcune differenze (ad esempio, la previa possibilità di contestazione della legittimazione passiva del convenuto) dettate dalla particolare struttura delle *actiones* in questione.

⁴³² D. 9. 4. 21. 2 (Ulp. 23 *ad ed.*).

⁴³³ In questo senso G. PROVERA, *Il principio cit.*, pag. 179; M. KASER, *Rc.* a M. MARRONE, *Actio cit.*, in *Labeo*, 5 (1950), pag. 222. Contra M. MARRONE, *Actio cit.*, pagg. 234 ss.

PARTE TERZA

CAPITOLO IV

ULTERIORI IPOTESI DI MANCATA COMPARIZIONE DELLE PARTI IN GIUDIZIO: *ABSENTIA* E *LATITATIO*

1. Brevi cenni introduttivi alle ipotesi di *absentia* e *latitatio*- 1. 1 L'*absentia*- 1. 1. 1 La portata della sentenza *adversus absentem*- 1. 2 L'*absentia rei publicae causa*- 2. La *latitatio*

1. Brevi cenni introduttivi alle ipotesi di *absentia* e *latitatio*

Oltre alle ipotesi fino a questo momento enunciate nella presente analisi circa la mancata comparizione delle parti in giudizio nell'*ordo iudiciorum privatorum* e nella *cognitio extra ordinem*, esistono ulteriori casi in cui la parte non era presente in giudizio, che, pur non potendo essere assimilate a quelle precedentemente illustrate, presentano momenti di interferenza.

In particolare, si tratta dell'*absentia* e della *latitatio*, due condotte che devono essere analizzate separatamente, perché indipendenti l'una dall'altra, e perché diverso era il regime applicabile a seconda del caso.

1.1 L'*absentia*

Il concetto di *absentia* sembra essere precedente a quello di *contumacia*, poiché rappresenterebbe la *species* entro cui quest'ultimo si sarebbe formato pian piano nel pensiero dei giuristi romani e delle cancellerie imperiali.

La nozione di *absens* presenta non pochi dubbi interpretativi, tant'è vero che in dottrina non esiste un parere concorde sulla corretta definizione del soggetto assente.

In particolare, i maggiori problemi sorgono in relazione ai criteri utilizzabili per qualificare come assente un soggetto che non compaia in giudizio.

Per alcuni l'*absens* era colui che si era allontanato dal luogo dove si sarebbe svolto il processo, per altri, invece, sarebbe il soggetto che

nonostante si trovi nel luogo di svolgimento del giudizio, si rifiuta di rispondere alla *in ius vocatio*.

In ogni caso, la sua assenza avrebbe causato, nel processo formulare si badi bene, un ostacolo al normale *iter* procedurale.

Una prima interpretazione, richiamata dalla dottrina, è quella di Ulpiano, riportata in D. 39. 2. 4. 5, dove il giurista dice:

‘Absentem’ accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continentia urbis sit, abest. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.

Egli afferma che si ritiene assente la persona che non si trova nel luogo in cui è richiesta la sua presenza, e non si considera necessaria una lontananza considerevole poiché sembra sufficiente che essa si trovi al di fuori dei limiti dell’*urbs*. L’assenza dalla città, oltre alla situazione di chi si trova al di là del mare, parrebbe, dunque, essere generalmente l’unico requisito richiesto per considerare un soggetto *absens*, tant’è vero che anche quando esso si trovi nelle zone limitrofe, non potrà essere considerata tale, a meno che non si renda *latitans*⁴³⁴.

Secondo la definizione ulpiana, inoltre, non può essere considerato assente colui che è stato fatto prigioniero dai nemici, ma solo chi è stato catturato dai ladroni, poiché nel momento in cui una persona diviene *servus hostium* perde la capacità di stare in giudizio e quindi è

⁴³⁴ Concetto di cui si parlerà sinteticamente nel prossimo paragrafo.

chiaro che la disciplina dell'assenza non fosse applicabile in questa ipotesi, mentre lo sarebbe nel caso dei latroni, dove invece non avviene alcuna *capitis deminutio*⁴³⁵.

La teoria dello spazio delineata da Ulpiano è particolare sotto il profilo delle implicazioni processuali che ne derivano, come rileva a tal proposito la Fanizza; infatti, il richiamo ai limiti del mare si rinviene in altri passi del giurista quasi come se si volesse indicare un confine insuperabile per l'esercizio di una serie di attività, tra cui, ad esempio, quella tutelare e quella appunto processuale. Il trovarsi *trans mare* rileva perché probabilmente si capiva che era molto difficile assicurare una citazione effettiva, dato che sarebbe stato difficile reperire il destinatario. Oltre al limite marino, c'è poi quello, che potremmo considerare in senso figurato, della cattura da parte dei *latrones*, non degli *hostes* per i motivi prima illustrati⁴³⁶.

La stessa configurazione dell'assenza si ritrova anche in un passo di Marciano che, trovandosi ad analizzare il contenuto di una clausola del *SC Dasumianum*, dice che *abesse autem intellegitur qui a tribunali abest*⁴³⁷, evidenziando nuovamente l'irreperibilità della persona nel luogo dove deve svolgersi il giudizio che causa la conseguente applicazione della disciplina relativa all'assenza.

Ancora Ulpiano, sempre in D. 39. 2. 4. 5, occupandosi dell'*edictum de damno infecto*, ricorda che il pretore aveva ordinato che l'assente *in iure* dovesse essere nuovamente cercato presso la sua abita-

⁴³⁵ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 23 ss. Nello stesso senso anche A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 141 ss.

⁴³⁶ L. FANIZZA, *L'assenza cit.*, pagg. 20 ss. E. HÖBENREICH, *Rc. a L. FANIZZA, L'assenza cit.*, in *Gnomon*, 67 (1995), pagg. 698 ss. e nt. 5.

⁴³⁷ D. 40. 5. 51. 5 (Marc. 9 *inst.*).

zione, intendendo quest'ultima non soltanto come il semplice domicilio, ma come l'insieme di tutti i possedimenti del *vocatus*, o presso un *procurator* ovvero da altre persone che avrebbero ricevuto la citazioni al suo posto. Qualora la *denuntiatio ad domum ei qui aberit* fosse stata infruttuosa, il magistrato avrebbe potuto disporre la *missio in possessionem rei ruinosae*⁴³⁸.

L'elemento soggettivo assume un carattere discriminante per differenziare il concetto di *absentia* da quello di *contumacia*: quando si parla di assenza, infatti, ci si riferisce ad un'assenza giustificata, diversa, invece, dalla *contumacia* e dalla *latitatio*, dove è possibile constatare la volontarietà della condotta del *vocatus*.

Questa specificazione di significato inizia già nel periodo del principato, tant'è vero che nei primi decenni del II secolo l'*absentia* comincia ad identificare una mancata comparizione dovuta ad un giusto motivo, assumendo caratteristiche proprie rispetto alle altre situazioni di non presenza della parte in giudizio. La principale differenza con la contumacia è che in questo caso il soggetto, per essere dichiarato *contumax*, doveva essere stato precedentemente *admonitus* e *sciens*, ossia aveva volontariamente deciso di non presentarsi dinanzi al magistrato.

A conferma di tale ricostruzione si può richiamare un *rescriptum* di Filippo del 244, riportato in C.I. 7. 43. 4, dove Domizio, assente nel giorno fissato per l'udienza a differenza della controparte che era presente, subisce l'emanazione di una sentenza a lui sfavorevole, ma, affermando di non aver avuto notizia del processo, riesce ad ottenere dal

⁴³⁸ G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, pagg. 194 ss.; A. MASI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *ED XII*, Milano, 1964, pagg. 155 ss.; O. LICANDRO, *In ius vocatio e violazione del domicilio*, in *SDHI*, 47 (1991), pagg. 205 ss.; L. FANIZZA, *L'assenza cit.*, pag. 18 e nt. 5; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 25 nt. 49.

preside la rimessione della lite dinanzi ad un altro giudice; tuttavia, avendo dei dubbi di legittimità su questo provvedimento, Domizio chiede l'intervento della cancelleria imperiale che afferma che la decisione del preside era assolutamente valida poiché era stato giustamente considerato che si trattava di un caso di assenza e non di contumacia, perché il convenuto non era stato regolarmente citato, nemmeno con una semplice *admonitio*.

Ancora una volta si può notare che la citazione è un momento fondamentale per stabilire il regime normativo applicabile di caso in caso.

Nello stesso senso si era espresso, solo qualche anno prima, anche Macro, in D. 49. 8. 1. 3, nel momento in cui affermava che deve considerarsi *absens* il soggetto contro cui non è stato emanato l'*edictum peremptorium* e che non abbia in alcun altro modo avuto conoscenza del processo nei suoi confronti.

Ancora, si tratterebbe di *absentia* quando il convenuto non è comparso in giudizio per motivi non dovuti a sua colpa, come descrive Marcello in D. 4. 1. 7 pr. Nel caso di specie una persona, che aveva ricevuto la citazione tramite *praeco*, non si era poi presentata in giudizio, perdendo la controversia; tuttavia, egli aveva fatto ricorso all'imperatore dichiarando di non aver sentito la voce del messo. Antonino Pio allora gli concede l'*in integrum restitutio*, senza dunque intaccare la validità della sentenza, poiché la sua assenza dipendeva da fattori non ascrivibili al *vocatus*.

Anche Diocleziano e Massimiano propongono la stessa soluzione, in una costituzione del 291, contenuta in C.I. 7. 43. 10, in cui si dice che il soggetto che sia rimasto assente in giudizio non per sua colpa

ma per necessità, non subirà delle conseguenze sfavorevoli, qualsiasi sentenza sia stata emessa, poiché si tratta di un assente involontario⁴³⁹.

Dalle fonti fin qui ricordate, risulta che l'*absentia* propriamente detta è configurabile quando non si registra alcuna condotta che indichi disprezzo nei confronti dell'autorità.

Il Gomez- Iglesias Casal, però, ritiene che ai fini della qualificazione dell'*absentia* sia necessario considerare un altro elemento, e cioè la mancanza di una difesa efficace dell'assente. Lo studioso richiama un passo di Ulpiano, contenuto in D. 42. 4. 2. 2, dove il giurista si domanda, per stabilire se fosse possibile la vendita dei beni del soggetto non comparso in giudizio, in questo caso concreto di un *latitans*, se la stessa soluzione potesse essere applicata anche in caso di *absens non defensus*. L'espressione *non defendatur* riporta alla mente la possibilità di essere sostituiti da un'altra persona in giudizio per la propria difesa, sia essa un *procurator*, un *cognitor*, un *tutor*, un *curator*, un *mandatarius* etc. Nella situazione qui in esame il soggetto che voglia assumere questa difesa deve adempiere ad una serie di condizioni previe, *in primis* l'obbligo di chiamare gli amici dell'assente per chiedere se uno di loro volesse assumerne la difesa processuale; qualora nessuno si fosse fatto avanti, alla presenza di testimoni, ovvero perché le persone da lui convocate avevano, espressamente o tacitamente, dinanzi al pretore dimostrato la loro volontà di non volere prendere parte alla lite, poteva egli stesso procedere come rappresentate dell'assente.

E, dunque, nel caso in cui nessuno, nemmeno un terzo, avesse voluto difendere l'*absens* dinanzi al magistrato, era possibile procedere

⁴³⁹ Ugualmente in C.I. 7. 35. 2 (Impp. Dioc. et Max. a. 286) e C.I. 7. 53. 4 (Impp. Dioc. et Max. a. 292), relative al trascorrere del tempo che poteva essere sospesa in presenza di cause che giustificassero l'assenza del soggetto interessato.

alla qualificazione dell'*absentia* con la relativa applicazione del regime normativo per essa previsto⁴⁴⁰.

Molto la dottrina ha discusso circa le eventuali sanzioni applicabili in caso di *absentia*, soprattutto in relazione all'esistenza di un editto *qui absens iudicio defensum non fuerit*.

I dubbi relativi a tale editto sorgono perché nei *Digesta* non se ne fa menzione e gli unici riferimenti sono contenuti in alcuni discorsi di Cicerone, peraltro anch'essi molto discussi⁴⁴¹.

La dottrina romanistica storicamente non ammette la possibilità dell'esistenza di un decreto del pretore che permettesse, in caso di mera *absentia*, la *venditio bonorum* a seguito della *missio in bona*, come sembrerebbero confermare alcuni brani dei *Digesta* che in relazione all'assente parlano solo di *missio rei servandae causa*, scartando l'ipotesi di vendita, anche se probabilmente si tratta di testi interpolati, e tale intervento dei compilatori sarebbe dimostrato da Gaio⁴⁴².

Il Solazzi⁴⁴³ avallerebbe la tesi del Lenel, secondo la quale solo in epoca giustiniana ci sarebbe stata l'esclusione della *bonorum venditio* in caso di mera *absentia*⁴⁴⁴. Lo studioso afferma di trovarsi d'accordo con i risultati della ricerca del Lenel, anche se riterrebbe opportuno dare maggiore rilevanza all'intervento dei compilatori giustiniani per capire la portata delle interpolazioni, fattore probabilmente fino a quel momento relativamente trascurato dagli altri studiosi.

⁴⁴⁰ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 143 ss.

⁴⁴¹ Cic. *pro Quinc.* 19. 60 e anche Cic. *in Verr.* 2. 2. 59. Sul valore di questi testi ciceroniani si veda A. FLINIAUX, *Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum a l'époque de Cicéron (pro Quinctio, XIX, 60)(in Verrem, II, 2, 22- 26)*, in *Études Girard*, 1 (1912), pagg. 43 ss.

⁴⁴² Gai. 3. 78.

⁴⁴³ S. SOLAZZI, *L'editto cit.*, pagg. 413 ss.

⁴⁴⁴ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 153 ss.; O. LENEL, *Das Edictum cit.*, pagg. 415 ss.; S. SOLAZZI, *L'editto cit.*, pagg. 418 ss.

Prima ancora della lettura del Solazzi, l'Hartmann riteneva che non esistesse alcun *effectus venditionis* conseguente all'assenza del convenuto, in un certo senso cercando di ridare vigore alla dottrina romanistica più risalente⁴⁴⁵. L'Hartmann è seguito dal Roby⁴⁴⁶, che riprende la *pro Quinctio* ciceroniana. Il Wenger appoggiava il Roby, ritenendo come questi che i romani non avessero potuto parificare l'assenza alla latitanza fraudolenta, ma abbiano dato come garanzia al creditore il possesso dei beni del convenuto, che con la sua mancata comparizione aveva interrotto il normale *iter* processuale, di maniera che solo in un momento successivo sarebbe stato possibile capire se si trattava di un'assenza giustificata o di una *latitatio dolosa*⁴⁴⁷.

Il Solazzi, però, ritiene che queste opinioni non siano condivisibili perché i testi dei *Digesta* richiamati da questi studiosi avrebbero subito delle forti interpolazioni da parte dei compilatori giustiniane.

Il primo ad aver avvertito la portata di questo intervento compilatorio, prima ancora del Solazzi, era stato il Karlowa, che, riportando il brano ulpiano contenuto in D. 4. 6. 21. 2, osservava che senza dubbio c'era stata una interpolazione che coincideva con l'intenzione dei commissari giustiniane, ossia risparmiare agli assenti la vendita dei beni che invece era prevista nel diritto classico⁴⁴⁸.

Lo stesso spirito giustificerebbe gli altri interventi interpolatori rintracciabili nei *Digesta* in merito alla *venditio bonorum* in caso di *absentia* e *latitatio*. Infatti il brano di Ulpiano prima richiamato non sarebbe un caso isolato, come fa notare il Solazzi, che nella sua analisi fa

⁴⁴⁵ O. E. HARTMANN, *Über das cit.*, pagg. 8 ss.

⁴⁴⁶ H. J. ROBY, *Essays on the Law in Cicero's Private Orations*, Cambridge, 1902, pagg. 3 ss. come riprodotti in appendice a ID., *Roman private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, vol. II, Cambridge, 1902, pagg. 102 ss.

⁴⁴⁷ L. WENGER, *Rc.* a H. J. ROBY, *Essays cit.*, in ZSS, 23 (1902), pagg. 469 ss.

⁴⁴⁸ O. KARLOWA, *Der römische Civil process zur Zeit cit.*, pagg. 129 ss.

un elenco di tutti gli altri brani che secondo lui risulterebbero non genuini, dato l'intervento dei compilatori che dovevano rielaborare delle regole preesistenti in funzione di quelle nuove relative al processo di cognizione straordinaria giustiniano⁴⁴⁹.

Dunque, da tale ragionamento si comprende perché nei *Digesta*, non viene riprodotto il testo dell'editto *qui absens iudicio defensus non fuerit*, che prevedeva per il diritto classico la vendita dei beni del convenuto assente, mentre Giustiniano concedeva il solo possesso, prevedendo per la sola *latitatio* l'ipotesi della *venditio*⁴⁵⁰.

E, allora, in epoca giustiniana solo la latitanza costituirebbe una causa per giustificare la liquidazione del patrimonio del soggetto che non si sia presentato in giudizio, poiché il nuovo sistema processuale prevedeva, in caso di assenza, la sola *missio in possessionem* dei beni o di una parte di essi. Inoltre, in caso di azioni personali contro l'*absens indefensus* si accorda la *missio in bona* senza, però, diritto alla vendita e in quelle reali la *missio in possessionem*, sempre senza possibilità di vendita; in caso di azioni, sia reali che personali, nei confronti del solo *latitans* sarà ordinata la *missio* con conseguente facoltà di *venditio bonorum*.

⁴⁴⁹ In particolare, i testi di cui il SOLAZZI propone un'analisi esegetica per dimostrarne l'interpolazione da parti dei commissari giustiniani sono: D. 3. 5. 1. (Ulp. 10 *ad ed.*); D. 42. 5. 22 (Ulp. 63 *ad ed.*); D. 42. 5. 35 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*); D. 5. 1. 19. 1 (Ulp. 60 *ad ed.*); D. 42. 5. 5 (Ulp. 60 *ad ed.*); ed inoltre, al di fuori dei brani contenuti nei *Digesta*, C.I. 7. 43. 8 (Imp. Diocl. a. 290); C.I. 7. 72. 9 (Imp. Diocl. a. 299).

⁴⁵⁰ S. SOLAZZI, *L'editto cit.*, pagg. 426 ss. e nt. 4.

1. 1. 1. La portata della sentenza *adversus absentem*

Nell'ultimo paragrafo del secondo capitolo si è parlato a proposito della sentenza contumaciale e dei suoi effetti; ora, dunque, è opportuna capire quali fossero le conseguenze della sentenza emessa *adversus absentem*, per capire se esse fossero o meno le stesse in caso di *contumacia*; in particolare, ci si interroga sul se la sentenza emessa contro un assente fosse impugnabile o meno.

L'Orestano sottolinea come le fonti su tale problematica appaiono confuse e addirittura contrastanti⁴⁵¹.

Parte di esse propenderebbero per l'efficacia della sentenza, efficacia che ne giustificherebbe la successiva possibilità di impugnazione; altre, invece, sembrerebbero accentuare una sua invalidità *ipso iure*, e, dunque, sarebbe inutile parlare di impugnabilità.

In primis si può richiamare un passo di Macro, contenuto in D. 49. 8. 1. 3, in cui sembrerebbe che il giurista consideri nulla la sentenza emessa *adversus absentem*. Macro prende in esame il caso del soggetto che non sia stato regolarmente citato, o perché l'*edictum peremptorium* non era stato affisso in luogo pubblico, o perché non ne era venuto a conoscenza in alcun altro modo. L'accento, dunque, ancora una volta viene posto sulla regolarità della citazione, come più volte rilevato anche per la sentenza contumaciale. Nel caso di *absentia* dovuta ad una scorretta o mancata citazione la sentenza emessa dal giudice sarebbe inefficace, a differenza di quanto accadeva per il *contumax*.

⁴⁵¹ R. ORESTANO, *L'appello* cit., pagg. 352 ss.

Un'altra testimonianza, di qualche anno dopo, è data da una costituzione di Gordiano del 239, riportata in C.I. 7. 43. 3, dove l'imperatore stabilisce che la sentenza pronunciata nei confronti dell'assente, difeso, avrà il valore di *res iudicata*, solo in caso di acquiescenza da parte di questi, ossia quando non venga presentata alcuna *querella*, sottolineando, dunque, un'evoluzione rispetto alla situazione descritta da Macro.

Il termine *querella* ha suscitato dei dubbi esegetici, ma la lettura che viene fornita dall'Orestano sembra essere quella più plausibile: la *querella* rappresenterebbe un qualsiasi tipo di “doglianza” che serve a dimostrare che non ci sia acquiescenza sulla sentenza, che di conseguenza non può acquistare *firmitas*; questo significherebbe anche che, laddove essa fosse stata proposta, non era nemmeno necessario ricorrere in secondo grado con l'*appellatio*⁴⁵². La forma della *querella* non è prestabilita, il carattere rilevante è che essa blocchi il passaggio in giudicato della sentenza e la relativa esecutività⁴⁵³.

L'intervento di Gordiano, che nei suoi anni da imperatore ha cercato di far venir meno il formalismo processuale, sta a significare che la possibilità di presentare *querella* rappresentava un'eccezione al principio che veniva utilizzato nella prassi.

A partire dell'epoca di Gordiano, infatti, la regola dell'impugnabilità della sentenza *adversus absentem* lascia il posto a quella della nullità della medesima, come confermerebbero due *rescripta* di Filippo del 244, riportati in C.I. 7. 43. 4 e C.I. 7. 43. 5, che in maniera abbastanza chiara stabiliscono che la sentenza pronunciata nei confronti di

⁴⁵² R. ORESTANO, *L'appello* cit., pag. 359 nt. 1. Nello stesso senso si vedano anche G. CERVENCA, *Studi vari* cit., pag. 288 nt. 138; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, pagg. 36 ss.

⁴⁵³ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pagg. 200 ss. e nt. 33.

un assente sia da considerare inefficace, come giustamente ha rilevato il Raggi⁴⁵⁴.

Il primo rescritto, già richiamato in precedenza, riguarda la situazione di *absens et ignorans* di Domizio che, una volta convenuto da un giudice, non aveva ricevuto comunicazione che il processo si sarebbe svolto dinanzi ad un altro giudice per cui non si era presentato ed era stata emessa sentenza nei suoi confronti. Per questo motivo era riuscito ad ottenere il riesame della lite dinanzi ad un altro giudice, che avrebbe valutato anche le sue ragioni, oltre a quelle già proposte dalla parte presente. Tuttavia la questione aveva sollevato dei problemi e quindi era stato necessario ricorrere alla cancelleria imperiale che conferma la legittimità del provvedimento del preside.

Nello stesso senso la cancelleria imperiale sembra muoversi anche nel secondo rescritto. In quest'altra situazione il convenuto affermava di non essere stato messo a conoscenza del cambiamento del luogo di svolgimento del processo, motivo per il quale non gli era stato possibile presentarsi in giudizio, al termine del quale era stato condannato alla perdita dei suoi beni. L'imperatore, però, interviene affermando che tale decisione di merito sia assolutamente priva di effetti poiché il soggetto è un mero *absens*.

La Bellodi Ansaloni, pur ritenendo che entrambi i rescritti prevedano la nullità della sentenza emessa *adversus absentem*, crede, però, che essi si riferiscano solo a dei casi specifici senza assurgere a regola generale applicabile nei processi, e, dunque, si discosta dal pensiero della dottrina dominante⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ L. RAGGI, *La restitutio* cit., pagg. 344 ss.

⁴⁵⁵ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla* cit., pagg. 203 ss.

Diocleziano e Massimiano fanno proprio il principio espresso da Gordiano, affermando che la sentenza *adversus absentem* non ha valore di cosa giudicata.

In particolare si può prendere in considerazione una loro costituzione del 290, riportata in C.I. 7. 43. 7, dove si afferma che qualora l'assente sia tale non a causa di contumacia, la sentenza emessa nei suoi confronti non avrà *firmitas*. Un caso concreto sarebbe quello in cui la citazione non sia stata regolarmente effettuata.

Un'ulteriore testimonianza, sempre degli stessi imperatori, è quella che si trova in C.I. 7. 43. 10, dove si stabilisce che la sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens* non potrà in alcun modo pregiudicarlo.

Il principio viene rimarcato in un altro rescritto, sempre di Diocleziano e Massimiano, riportato in Ep. Cod. Greg. Wis. 10. 13. 1⁴⁵⁶, dove si rimarca ancora una volta la regola della nullità della sentenza.

Tale opinione viene probabilmente ripresa in *Paul. Sent.* 5. 5a. 5, dove viene riproposto il concetto in base al quale le sentenze *adversus absentem* non assumono valore di *res iudicata*.

La Bellodi Ansaloni, però, ritiene che tutte le fonti appena riportate non deporrebbero a favore della regola della nullità *ipso iure* della sentenza *adversus absentem* poiché la *vis* o la *firmitas* a cui fanno riferimento i brani indicherebbe semplicemente che la decisione ancora non abbia acquisito carattere di definitività, per cui era ancora possibile impugnarla.

⁴⁵⁶ Ep. Cod. Greg. Wis. 10. 13. 1 (Impp. Diocl. et Max.): *Sententiam adversus absentes et indefensos...nullas vires obtinere notissimi iuris est.*

Questa lettura sarebbe confermata dal fatto che la sentenza, per essere efficace, doveva essere pronunciata in presenza di ogni interessato, e per indicare tali soggetti, nei confronti dei quali la sentenza è efficace, viene utilizzato il termine *praesentes* da Paolo, che però starebbe ad indicare non i soli soggetti comparsi materialmente in giudizio, ma anche coloro che sono stati citati e non si sono presentati.

A chiusura di queste considerazioni la Bellodi Ansaloni ritiene che probabilmente la regola applicabile in relazione alla sentenza *adversus absentem* rimanga invariata, e cioè tale decisione non assumerebbe *firmitas* fin quando continua ad essere possibile impugnarla⁴⁵⁷.

Per non avere conseguenze derivanti dalla sentenza contro di lui emessa, dunque, l'*absens* avrebbe dovuto presentare una *iusta causa absentiae* per richiedere il riesame della controversia, entro i termini specificamente previsti.

In C.I. 7. 43. 11, Diocleziano e Massimiano si occupano del caso di Valerio che, una volta citato in un primo momento aveva presenziato al processo per poi abbandonarlo, ma il processo era continuato e contro di lui era stata emessa una sentenza di condanna e non era stato presentato appello nei termini previsti. Gli imperatori, in questo caso concreto, affermano che in ogni caso, data la decorrenza dei termini, la sentenza emessa contro un *absens* resta valida ed efficace.

In quanto ai termini per l'impugnazione della sentenza *adversus absentem* (che sia maggiore di venticinque anni), essi decorrono dal giorno in cui si viene a conoscenza della sentenza stessa⁴⁵⁸, come afferma Ulpiano nel brano riportato in D. 49. 4. 1. 15, a differenza della

⁴⁵⁷ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 208 ss.

⁴⁵⁸ A meno che non fosse presente un *procurator*, nel qual caso i termini sarebbero decorsi dal giorno di emissione della sentenza.

contumacia dove invece i termini decorrono dal momento di emissione del provvedimento di merito.

1.2 L'*absentia rei publicae causa*

Più volte si è accennato, nei paragrafi precedenti relativi all'*absentia*, all'elemento della volontarietà della condotta del convenuto, fondamentale per capire se la mancata comparizione in giudizio indicasse una sorta di disprezzo nei confronti dell'autorità statale ovvero fosse una conseguenza di fatti a lui non riconducibili.

Le fonti escludono, in generale, la volontarietà in caso di malattia violenta o quando l'ostacolo alla presenza in giudizio sia rappresentato da un motivo di ordine superiore che viene di solito indicato con l'espressione *rei publicae causa*. In questi casi appena menzionati è evidente che il comportamento del convenuto non significhi un oltraggio alla pubblica autorità, poiché dovuto ad elementi indipendenti dalla volontà del soggetto⁴⁵⁹.

E' inoltre necessario specificare che gli *absentes rei publicae causa* sono assenti *sine dolo malo*, come ricorda una costituzione di Gordiano riportata in C.I. 2. 50. 4⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 30.

⁴⁶⁰ Come già aveva affermato la *lex Iulia municipalis*, 115 ss. (*Tabula Heraclensis*), in cui si ricorda che era fondamentale capire se ci fosse la mancanza di *dolus*, perché era possibile che il soggetto fosse realmente assente per motivi pubblici, ma la sua reale intenzione fosse solo quella di assentarsi dal giudizio.

La qualificazione di un assente per motivi legati alla *res publica* è importante soprattutto in relazione al fatto che contro questo particolare soggetto non sia possibile emettere dei provvedimenti giudiziali, quali, ad esempio, la *bonorum venditio*.

Ulpiano indica, in D. 50. 17. 140, un ostacolo di portata generale che impedisce l'emissione di provvedimenti di carattere negativo nei confronti dell'*absens rei publicae causa*. Specificamente, il giurista afferma che quest'assenza non debba cagionare danno né all'assente né tanto meno agli altri soggetti interessati, dato che ad entrambe queste categorie deve essere necessariamente riconosciuta una forma di tutela, della quale si parlerà tra poco.

La nozione di *absentia rei publicae causa* non è ben definita, anzi, sembra essere molto ampia, mancando una qualsiasi elencazione tassativa nelle fonti.

Affinchè una persona potesse essere considerata assente per motivi di carattere pubblico, era necessario che essa si trovasse in viaggio ufficiale al di fuori dei limiti di competenza del magistrato⁴⁶¹.

L'assenza iniziava il suo decorso nel momento in cui il soggetto usciva da Roma, anche se non fosse ancora arrivato a destinazione, fino al suo rientro nei confini dell'urbe, anche qualora avesse già intrapreso il viaggio di ritorno, come testimoniano i passi contenuti in D. 4. 6. 32 e D. 4. 6. 35. 8.

L'assenza "giustificata" può essere fatta valere anche mediante *procurator*⁴⁶², come ricorda Paolo, che avrebbe fatto valere la motivazione di carattere pubblico (di solito un viaggio ufficiale), paralizzando,

⁴⁶¹ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 156 ss. D. 48. 5. 16. 4 (Ulp. 2 de adult.).

⁴⁶² D. 3. 3. 71 (Paul. 1 sent.).

in questo modo, il procedimento sui beni del convenuto. Al ritorno dell'assente, dunque, verrà meno il possesso provvisorio dei creditori, che, comunque, anche nel caso di presenza del *procurator*, non potevano costringerlo ad assumere la difesa in giudizio dell'assente *rei publicae causa*.

La Fanizza, però, nell'ambito del processo criminale, e seguita dalla Bellodi Ansaloni nel processo civile, sottolinea che l'attività che causa l'allontanamento del convenuto dai confini della città deve essere svolta in funzione della *res publica*, in qualsiasi posto essa abbia luogo. E, dunque, sarebbe possibile che l'*absentia rei publicae causa* non sempre corrisponda alla situazione di fatto di assenza dall'*urbs*, ben potendo accadere che un soggetto possa essere considerato *absens rei publicae causa* nonostante si trovi in città, ma non sia comparso in giudizio⁴⁶³.

I soggetti che svolgono attività in nome della *res publica*, risponderanno come dei privati per gli illeciti da loro commessi quando questo sia possibile. Ed è per questo motivo che se questo compito viene svolto all'interno della città di Roma, l'*absens* dovrà risponderne comunque in giudizio; infatti, l'esclusione dal giudizio si avrà quando egli si trovi in una provincia diversa da quella in cui si svolge la lite.

Esiste, tuttavia, un'eccezione, quella dei *milites*, che, nello svolgere funzioni pubbliche, pur trovandosi a Roma, dovranno essere ritenuti *absentens rei publicae causa*, come testimonia Ulpiano in D. 4. 6. 7.

Oltre allo svolgimento di mansioni pubbliche, si è detto che anche una malattia violenta poteva essere una causa di giustificazione della mancata comparizione in giudizio.

⁴⁶³ L. FANIZZA, *L'assenza cit.*, pagg. 26 ss. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 31 ss.

Ermogeniano, nel passo contenuto in D. 42. 1. 53. 2, afferma che deve ritenersi giustificato alla pari dell'*absens rei publicae causa*, il soggetto che non si presenti dinanzi al giudice a causa di una *adversa valetudo*. Con questa espressione, molto probabilmente, si indica l'alterata condizione psico-fisica di un soggetto tale da renderne impossibile la comparizione in giudizio, e ciò rileva perché in questa ipotesi non saranno applicate le regole previste per la *poena contumacis*⁴⁶⁴.

Un'altra causa di giustificazione, oltre all'attività esercitata in nome della *res publica* e alla *adversa valetudo*, sembra essere la *rusticitas*, ossia un peculiare *status* sociale: i *rustici* sono i soggetti gravemente ignoranti, e proprio per questa ragione, non conoscono nemmeno le norme giuridiche. Questa terza ipotesi è richiamata da Paolo, in D. 2. 5. 2. 1, che ricorda che, laddove una persona fosse stata regolarmente citata in giudizio ma non si fosse presentata, il giudice l'avrebbe condannato al pagamento di una multa, ma, nel deciderne l'ammontare, avrebbe dovuto tener conto dello stato sociale del soggetto in questione, e, nel caso di *rusticitas*, avrebbe potuto anche decidere di non condannarlo se la sua mancata comparizione in giudizio nei termini previsti non avesse cagionato danno all'attore.

Ad ogni modo, la *venditio* dei beni dell'*absens rei publicae causa* era vietata, per cui l'attore doveva poter disporre di un ulteriore mezzo processuale per far sì che la sua pretesa non rimanesse senza difeso per

⁴⁶⁴ Una malattia grave, come ricorda A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 32 e nt. 64, era stata considerata già da Giuliano come motivo di invalidità della sentenza. Nel caso di specie, riportato in D. 42. 1. 60, il giurista, riferendosi certamente ad un giudizio *per formulas*, ricorda un processo in cui il convenuto era stato presente per tutta la durata del processo, ma al momento della pronuncia non si era presentato a causa di una febbre altissima. A tal proposito Giuliano, equiparando questa malattia all'epilessia, in quanto all'alterazione psico-fisica, ritiene che il convenuto sia assente per giusta causa e, quindi, la pronuncia non ha valore di *res iudicata*.

la prescrizione dell'azione. Ma, bisognava ugualmente tutelare anche l'assente per giusta causa.

A tal proposito, il pretore concede la *in integrum restitutio*⁴⁶⁵, come testimoniato da Ulpiano in D. 4. 6. 1. 1., brano in cui è possibile notare che la clausola edittale consta di due parti, corrispondenti a due ipotesi diverse, in cui viene concessa un'azione fittizia per ottenere la *restitutio*⁴⁶⁶.

Già nel paragrafo dedicato alla sentenza contumaciale, è stato proposto il brano di Marcello, riportato in D. 4. 1. 7 pr., in cui il giurista afferma che contro le sentenze emesse nella *cognitio extra ordinem* è possibile ottenere la *in integrum restitutio*, inoltre, egli ricorda che Antonino Pio aveva concesso ad un *absens* l'*auxilium* della *restitutio*, basando questa sua decisione sulla valutazione dell'*aequitas evidens*, dato che il convenuto non era comparso in giudizio per una causa riconducibile alla sua volontà.

Tornando al brano di Ulpiano, il primo caso contenuto nella clausola del pretore fa riferimento alla tutela del soggetto di fronte ad una diminuzione patrimoniale, dovuta a perdita per *usucapio* o *non usus*, ovvero per prescrizione di una azione poiché egli non era comparso in giudizio *metus causa* o, quello che qui maggiormente interessa, *sine dolo malo rei publicae causa*, o per ulteriori cause simili all'*absentia*, trovandosi, dunque, impossibilitato a difendere i propri interessi.

La seconda ipotesi è molto particolare, perché l'*in integrum restitutio* viene ora concessa non all'assente ma contro di lui. La restitu-

⁴⁶⁵ Sul valore della *in integrum restitutio* nella *cognitio extra ordinem* si veda G. CERVENCA, *Osservazioni cit.*, pagg. 197 ss.

⁴⁶⁶ Per la letteratura e le fonti relative alle *in integrum restitutiones* si veda M. KASER, *Das römische cit.*, pagg. 330 ss.

zione viene qui concessa a favore del soggetto che abbia subito un pregiudizio a causa della prescrizione di una azione che non ha potuto intentare perché la controparte si trovava in una condizione particolare, e cioè quella dell'assenza. In questa parte il richiamo agli assenti è generico, non si specifica, come accade invece nella parte precedente, che si debba trattare di *absentes metus causa* o *sine dolo malo rei publicae causa*. L'inclusione generale trova conferma nella considerazione che sarebbe assurdo limitare la portata della clausola, non concedendo la restituzione negli altri casi di assenza che non rientri in questi appena menzionati perché ciò significherebbe sanzionare l'assente in buona fede e liberare, al contrario, da ogni reponsabilità l'assente *dolo malo*⁴⁶⁷.

Si deve, inoltre, ricordare che la *restitutio* non è un mezzo di impugnazione, come l'*appellatio*, ma si tratta di un intervento straordinario del pretore per rimuovere un atto giuridicamente valido che però vada contro il criterio dell'*aequitas*. Ed è interessante notare che tale mezzo continui ad essere usato anche dopo l'introduzione dell'appello nella cognizione straordinaria.

Nel periodo classico continua ad avere il valore di mezzo straordinario del magistrato che non richiede un riesame nel merito della lite né tantomeno una nuova sentenza, che invece sono gli scopi principali dell'appello. In età postclassica il ricorso all'*in integrum restitutio* diventa più frequente ed, inoltre, vengono ampliati notevolmente i motivi per cui poteva essere richiesta e concessa. Nel diritto giustiniano le caratteristiche della restituzione diventeranno molto simili a quella

⁴⁶⁷ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 157 ss.

dell'*appellatio*, poiché nella maggioranza dei casi ci sarebbe stato un riesame della causa e un nuovo giudicato⁴⁶⁸.

Macro, in un brano riportato in D. 4. 1. 8, ricorda, appunto, la sussistenza della *in integrum restitutio* accanto all'appello, facendo, però, una differenza tra i minori di venticinque anni e gli *absentes rei publicae causa*: nel primo caso, tali soggetti hanno diritto alla restituzione contro la sentenza, con un riesame della causa; gli assenti, invece, potranno beneficiare della restituzione intesa come rimessione in termini per poter ricorrere all'appello.

Il giurista propone questo regime differenziato e in base a questa testimonianza sarebbe plausibile ritenere che l'*in integrum restitutio* concessa agli assenti *rei publicae causa*, in quanto rimessione in termini per l'esercizio della facoltà di *ius appellandi*, possa considerarsi come ausiliaria alla *appellatio*.

Un'altra testimonianza sarebbe rappresentata dalla *relatio* 33 di Simmaco, dove ci si occupa del caso di Teodosio che non era comparso in primo grado ed era stato condannato alla perdita dei suoi beni; dopodiché era stato presentato appello; Simmaco, non essendo sicuro della disciplina applicabile in questo caso concreto, chiede l'intervento dell'imperatore Valentiniano, che gli risponde chiedendogli di verificare l'*absentia* di Teodosio. Simmaco, però, non sembra accennare ai motivi della mancata presenza, per permettere, dunque, di capire se si trattasse di *contumacia* o di *absentia*, ma la risposta di Valentiniano, che chiaramente chiede di accertare l'assenza, sembrerebbe chiarire la questione. Anzi, sembrerebbe addirittura che chiedendo questa valutazione dell'assenza, l'imperatore alluda ad una giusta causa. In seguito

⁴⁶⁸ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 235 ss. e nt. 111. L. RAGGI, *La restitutio cit.*, pagg. 142 ss. R. ORESTANO, *L'appello cit.*, pagg. 113 ss.

Simmaco afferma che Teodosio era stato *absens* e quindi aveva annullato la sentenza emessa nei suoi confronti, cosa che non sarebbe stata possibile se si fosse trattato di contumacia. Dalla situazione appena descritta, allora, emergerebbe non tanto la richiesta di appello, quanto quella della concessione di una *in integrum restitutio*.

2. La *latitatio*

Da quanto esposto fino a questo momento appare chiaro che la situazione dell'*absens* sia prettamente di carattere oggettivo, nel senso che non è possibile apprezzare l'intenzionalità della condotta, estranea alla volontà del soggetto in questione.

L'intenzionalità aggrava la semplice *absentia*, e questo comportamento nelle fonti viene richiamato col termine *latitatio* in contrapposizione, appunto, all'assenza "giustificata" per sottolinearne la maggiore gravità⁴⁶⁹.

Latitare indica propriamente lo "stare nascosti".

Ulpiano, in D. 42. 4. 7, analizza, in maniera particolareggiata e precisa, la *latitatio* evidenziandone le caratteristiche che la qualificano e distinguono dall'*absentia*.

In particolare, il giurista elenca i tre requisiti fondamentali perché possa parlarsi di latitanza e non di assenza o di contumacia⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ D. 40. 5. 1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 40. 5. 20- 22 (Pap. 22 *quaest.*); D. 40. 5. 30. 5 (Ulp. 5 *fideic.*); D. 40. 5. 47. 2 (Iul. 42 *dig.*); D. 40. 5. 51. 9 (Marcian. 9 *inst.*).

⁴⁷⁰ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pagg. 146 ss.

In primis il soggetto deve nascondersi, occultarsi, ma Ulpiano, criticando la lettura che era stata data da Cicerone, per il quale era necessario un turpe motivo per qualificare una condotta come latitanza, ritiene che non sia sufficiente il solo fatto di celarsi⁴⁷¹, bensì sia richiesto anche l'elemento dell'intenzionalità che è dato dalla *fraudationis causa*, in altre parole con la volontà di frodare la controparte. Infatti, qualora la mancata comparizione fosse causata dalla paura nei confronti del tiranno, o dalla violenza dei nemici, ovvero dal timore delle rivolte interne, non si potrà considerare il soggetto come *latitans*⁴⁷², mancando l'elemento soggettivo della frode⁴⁷³.

Ulpiano fa riferimento alla frode nei confronti dei creditori, e per il Gomez- Iglesias Casal solo a questa categoria andrebbe ricollegato l'elemento della *fraus* per qualificare una condotta come *latitatio* in ambito processuale; tuttavia, la Bellodi Ansaloni ritiene che, nonostante il solo richiamo ai *creditores*, la disciplina contenuta in questo brano ulpiano abbia portata generale⁴⁷⁴.

Inoltre, è opportuno sottolineare che il luogo in cui si trova il soggetto non ha alcuna rilevanza ai fini della valutazione della sua latitanza. Infatti è sempre Ulpiano ad affermare che potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui il soggetto si trovi nella medesima città della controparte e sia latitante, ovvero possa trovarsi in una città diversa, al di fuori dunque del luogo di svolgimento del processo, ma non essere latitante, o, addirittura, possa essere in una città differente e mostrarsi in pubblico

⁴⁷¹ Per Ulpiano, inoltre, non poteva essere mai qualificato come *absens* anche il *furiosus*.

⁴⁷² D. 42. 4. 7. 4 (Ulp. 59 *ad ed.*).

⁴⁷³ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pag. 42.

⁴⁷⁴ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pag. 146. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 42 ss.

ed essere allo stesso tempo latitante, perché ciò che deve essere valutato è l'intenzione di evitare la controparte.

Ulpiano, in D. 42. 5. 36, ricorda che già i *veteres* consideravano *latitans* colui che, pur trovandosi nella stessa città in cui si sarebbe svolto il processo, si nascondesse tra le colonne o tra i negozi del foro, ovvero, come testimonia Paolo, colui che si rinchiudesse nel proprio domicilio⁴⁷⁵.

Ancora una volta, dunque, viene messo l'accento sulla necessità dell'*animus fraudationis*, requisito fondamentale per parlare di *latitatio*.

In quanto all'elemento temporale, per potersi parlare di *latitatio* era necessario valutare se tale condotta avesse avuto una determinata continuità, per evitare che potesse essere considerato *latitans* un soggetto che per poche ore si fosse rinchiuso in casa o fosse andato al di fuori della città per recarsi alla propria *villa*⁴⁷⁶.

La latitanza, inoltre, rileva solo nei confronti dei creditori (ma si è detto in precedenza che la disciplina sia applicabile a tutti, non solo a questa categoria) che il soggetto assente intende frodare⁴⁷⁷, perché questi potranno beneficiare del rimedio concesso dal pretore, ossia la *missio in bona* e la conseguente *bonorum venditio*⁴⁷⁸.

L'ultimo requisito richiesto per la qualificazione della *latitatio* è che il soggetto che non compaia, non solo si nasconda e lo faccia *fraudationis causa*, ma anche, come dice Ulpiano *si boni viri arbitrato non*

⁴⁷⁵ D. 2. 4. 29 (Paul. 1 *ad ed.*).

⁴⁷⁶ D. 42. 4. 7. 8 (Ulp. 59 *ad ed.*).

⁴⁷⁷ D. 42. 4. 7. 7 (Ulp. 59 *ad ed.*).

⁴⁷⁸ D. 42. 4. 7. 13 (Ulp. 59 *ad ed.*).

defendetur, nel senso che manchi una corretta difesa da parte di un terzo⁴⁷⁹.

In D. 42. 4. 7. 1 Ulpiano afferma che il *latitans* sarà soggetto alla *missio in possessionem*, richiesta da almeno uno dei creditori interessati, rimedio che veniva concesso dal pretore dopo un previo esame della situazione, verificando che il debito fosse già esigibile e non sottoposto a condizione, perché in questo caso avrebbe rigettato la richiesta del creditore; inoltre, doveva anche verificare che ci fosse stata una corretta *in ius vocatio*.

La *missio* che veniva concessa dal pretore non conferiva il pieno possesso al creditore che l'avesse ottenuta, dato che si trattava di una *missio in possessionem rei servandae causa*, come aveva affermato Quinto Mucio Scevola, la cui interpretazione viene rigettata, erroneamente, da Paolo⁴⁸⁰; infatti, secondo la dottrina, era proprio quel tipo di *missio rei servandae causa* a cui sia la giurisprudenza che la pratica processuale facevano riferimento⁴⁸¹.

Tant'è vero che, siccome il *missus* non poteva ricorrere ai mezzi di difesa concessi al possessore, gli veniva data l'opportunità di utilizzare un'*actio in factum* penale⁴⁸².

Dopo la *missio*, si procedeva con la *bonorum venditio*, che seguiva la procedura ordinaria: eventuale nomina del *curator bonorum*; decorso del termine della *proscriptio* (trenta o quindici giorni a seconda che il titolare dei beni fosse vivo o morto); nomina da parte dei creditori del *magister bonorum*, che avrebbe proceduto all'inventario dei beni e delle attività redigendo il bando di vendita all'incanto; assegnazione in

⁴⁷⁹ A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación cit.*, pag. 148.

⁴⁸⁰ D. 41. 2. 3. 23 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁴⁸¹ Come giustamente evidenzia M. F. LEPRI, *A proposito cit.*, pag. 780 nt. 2.

⁴⁸² D. 43. 4. 1 pr. (Ulp. 72 *ad ed.*).

blocco al *bonorum emptor*, ossia a colui che avesse offerto ai creditori la più alta percentuale dei loro crediti⁴⁸³.

Chiaramente, laddove la *venditio* fosse stata effettuata in seguito ad una *missio rei servandae causa* concessa nell'ipotesi di *latitatio*, se si scoprisse che in realtà il soggetto colpito da queste misure non si era mai nascosto, allora la vendita sarà nulla⁴⁸⁴.

Nel continuare l'analisi di D. 42. 4. 7, in cui Ulpiano offre la disciplina applicabile in caso di *latitatio*, è molto interessante il paragrafo 19, in cui viene ricordato un rescritto di Antonino Pio che aveva stabilito che, in caso di assenza del possessore di una *hereditas*, alla controparte sarebbe stata concessa l'immissione nel possesso delle *res hereditariae*; però, se l'assenza era causata da una *nimia contumacia*, e cioè da una lunga contumacia del possessore dell'eredità, l'altra parte non solo avrebbe ottenuto il possesso della stessa ma ne avrebbe percepito anche i frutti. Dunque, viene ribadito nuovamente che è fondamentale la valutazione dell'*animus* con cui il soggetto assente abbia agito.

E' fondamentale, infatti, capire se in una ipotesi concreta sia possibile apprezzare l'*animus fraudandi* o un *contemnere*, dunque un caso di *latitatio* ovvero di *contumacia*, come fa notare Ulpiano in D. 40. 5. 28. 1.

Tale meccanismo è importante perché esiste una gradazione nell'assenza, in cui la *latitatio* rappresente, rispetto alla contumacia, la fattispecie più grave.

⁴⁸³ A. GUARINO, *Diritto cit.*, pagg. 241 ss.

⁴⁸⁴ D. 42. 4. 7. 3 (Ulp. 59 *ad ed.*).

Un'ulteriore considerazione, per terminare questa breve analisi della latitanza, è quella che fa riferimento alla *latitatio* intesa come una “sorta di riconoscimento della propria colpevolezza”⁴⁸⁵.

Latitans è il soggetto che, regolarmente citato in giudizio, decide di non presentarsi nascondendosi *fraudationis causa* per ostacolare l'azione dell'attore. Di solito chi si occulta lo fa perché spesso è cosciente della sua colpevolezza, ed è proprio questo a differenziare la latitanza dalla contumacia, che non è mai caratterizzata, appunto, dall'*animus fraudandi* e da una ammissione di colpevolezza. La *latitatio*, infatti, si potrebbe equiparare ad una *confessio ficta*.

E' bene sottolineare che il discorso fin qui fatto in merito alla *latitatio* si riferisce al solo processo *per formulas*, poiché nelle fonti che si occupano della *cognitio extra ordinem* è molto raro trovare l'utilizzo del termine stesso, mentre è possibile notare il ricorso ad una serie di espressioni atecniche⁴⁸⁶. Il motivo è che, com'è chiaramente noto, tramite l'*edictum peremptorium* si era superato il concetto di latitanza, in quanto non era più necessario che il citato venisse materialmente trovato come si richiedeva, invece, nella *in ius vocatio* formulare. Essendo stato introdotto il processo contumaciale, infatti, non era più possibile ostacolare l'azione della controparte, in questo caso *fraudationis causa*, nascondendosi.

⁴⁸⁵ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla cit.*, pagg. 47 ss.

⁴⁸⁶ C.Th. 6. 27. 15. 4 (Imp. Hon. et Theod. a. 412); C.Th. 7. 18. 8. 2 (Imp. Grat., Valent. et Theod. a. 383 [391?]); C.Th. 12. 1. 146. 2 (Imp. Arc. et Hon. a. 395); C.Th. 12. 1. 161. 9 (Imp. Arc. et Hon. a. 399); C.I. 7. 72. 9 (Imp. Diocl. et Max. a. 299); C.I. 1. 12. 6 (Imp. Leo a. 466); C.I. 9. 39. 2 (Imp. Marc. a. 451); C.I. 7. 4. 11. 1 (Imp. Diocl. et Max. s.d.); C.I. 1. 17. 2. 16 (Imp. Iust. A. 533); C.I. 7. 21. 8 (Imp. Diocl. et Max. a. 299?); C.I. 12. 57. 6 (Imp. Grat., Val. et Arc. a. 385); C.I. 1. 49. 1. 1 (Imp. Zeno a. 479); C.I. 11. 10. 3 (Imp. Arc. et Hon. a. 398); C.I. 10. 32. 51 (Imp. Arc. et Hon. a. 399); D. 2. 14. 19 (Paul. 1 *ad ed.*); D. 4. 6. 23. 4 (Ulp. 12 *ad ed.*); D. 15. 1. 50 pr. (Pap. 9 *quaest.*); D. 26. 10. 3. 15 (Ulp. 35 *ad ed.*).

La *latitatio* viene pian piano inclusa nella disciplina della *contumacia*, dalla quale, in epoca precedente, si distingueva per quell'elemento aggiuntivo rappresentato dall'*animus fraudandi*.

Infine, la *latitatio* e le condotte ad essa assimilabili, sono una prerogativa del processo civile, in quanto totalmente estranee alla repressione penale⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ L. FANIZZA, *L'assenza cit.*, pag. 34.

BIBLIOGRAFIA

- B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, in *Labeo*, 46 (2000), pagg. 355 ss.
- B. ALBANESE, *La menzione del meridies in XII Tab. 1, 6- 9*, in *AUPA*, 42 (1992), pagg. 95 ss.
- U. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum – Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I- VI*, Cagliari, 2002
- L. AMIRANTE, *Per una palingenesi delle XII Tavole*, in *Index*, 18 (1990), pagg. 391 ss.
- V. ARANGIO- RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1984
- L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934
- J. BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess. III. Der Denuntiationprozess*, Berlino, 1887
- E. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatsrecht*, II, Berlino, 1873
- A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998
- E. BETTI, *Rc. a M. WLASSAK, Konfessio in Jure und Defensionsweigerung nach der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *SDHI*, 1 (1935), pagg. 430 ss.
- E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955
- B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1913
- B. BIONDI, *“Actiones noxales”*, in *AUPA*, 10 (1925), pagg. 99 ss.

B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, 4 (1930), pagg. 74 ss.

S. BOSCHERINI, «*Pedem struere*», in *St. Urbinati*, 38 (1969- 70), pagg. 105 ss.

A. J. BOYÉ, *La denuntiatio introductiva d'instance sous le principat*, Bordeaux, 1922

G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937

G. BRANCA, *Rc. a M. F. LEPRI, Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, in *SDHI*, 9- 10 (1943), pagg. 127 ss.

G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatsrichters*, Colonia- Vienna, 1957

G. BROGGINI, “*Vindex*” und “*iudex*”. *Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, 76 (1959), pagg. 113 ss.

F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesar Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina*, Leiden, 1972

C. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tubinga, 1909

J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la ‘actio ad exhibendum’*, in *SDHI*, 26 (1960), pagg. 190 ss.

I. BUTI, *La cognitio extra ordinem da Adriano a Diocleziano*, in *ANRW*, 2. 14 (1982), pagg. 40 ss.

I. BUTI, «*In ius vocatio*» e «*genera actionum*», in *Sodalitas*, V (1984), pagg. 2409 ss.

C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996

C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, - *Le legis actiones*, Torino, 1980

C. CASCIONE, *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli, 2010

G. CERVENCA, *Osservazioni sulla «restitutio litis» a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in *IURA*, 12 (1961), pagg. 201 ss.

G. CERVENCA, *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*, Milano, 1965

L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958

P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Parigi, 1932

E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Roma, 1968

M. H. CRAWFORD, *Roman Statues*, Londra, 1996

A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, in *Parti e giudici nel Processo. Dai diritti antichi all'attualità* (a cura di C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA), Napoli, 2006, pagg. 39 ss.

F. DE MARINI AVONZO, *L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in *Studi Urbinati*, 34 (1965-66), pagg. 206 ss.

G. DEMELIUS, *Die Confessio im römischen Civilprozess und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz, 1880

F. DE VISSCHER, *L'enquête «lance et licio» et les actions «concepti et oblati»*, in *Tijdschrift*, 6 (1925), pagg. 249 ss.

O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, 18 (1990), pagg. 403 ss.

O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992

O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma, 2001

S. DI PAOLA, *La "litis contestatio" nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, in *Annali Catania*, 2 (1948), pagg. 253 ss.

S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, Milano, 1952

F. D'IPPOLITO, *XII Tab. 2.2*, in *Index*, 18 (1990), pagg. 435 ss.

F. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003

N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011

R. DÜLL, *Vom "vindex" zum "iudex"*, in *ZSS*, 54 (1934), pagg. 98 ss.

F. EISELE, *Über actio iudicati und Nichtigkeits Beschwerde*, in *Abhandlungen zum römischen Civil Prozess*, 4 (1889), pagg. 130 ss.

A. ERNOUT- A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire de mots*, Parigi, 2001

G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio nella rivendica: agere in rem per sponsionem e interdetto quem fundum*, in *AUPA*, 43 (1995), pagg. 537 ss.

L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992

A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969

A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la 'in ius vocatio'*, in *SDHI*, 37 (1971), pagg. 261 ss.

A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El vindex en la "in ius vocatio"*, in *AHDE*, 41 (1971), pagg. 809 ss.

F. FILOMUSI GUELF, *Il processo civile contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873

R. FIORI, *'Ea es agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003

A. FLINIAUX, *Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum a l'époque de Cicéron (pro Quinctio, XIX, 60)(in Verrem, II, 2, 22- 26)*, in *Études Girard*, 1 (1912), pagg. 43 ss.

L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (A proposito della struttura della obligatio iudicati)*, in *TSDP*, 6 (2013)

G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, 2012

M. W. FREDERIKSEN, *The republican municipal laws: errors and drafts*, in *JRS*, 55 (1965), pagg. 189 ss.

P. GARBARINO, *Un'ipotesi di lettura di D. 47. 10. 23 (Paul 4 ad ed.). Brevi note a proposito di 'in ius vocatio' e presunta violazione di domicilio*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004, pagg. 231 ss.

M. G. GARRIDO, *Diritto privato romano*, ed. italiana a cura di M. BALZARINI, Padova, 1992

- A. GIFFARD, *La «confessio in iure» étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Parigi, 1900
- A. GIFFARD, *Leçons sur la procédure civile romaine*, Parigi, 1932
- C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Milano, 1955
- A. GOMEZ- IGLESIAS CASAL, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984
- A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989
- A. GUARINO, voce *Equità (d. rom.)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, pagg. 618 ss., e in *PDR*, 4 (1994), pagg. 198 ss.
- A. GUARINO, *Il processo privato nelle “XII Tabulae”*, in *PDR*, 4 (1994), pagg. 106 ss.
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001
- K. HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrecht und die “in iure cessio”*, in *ZSS*, 106 (1989), pagg. 152 ss.
- O. E. HARTMANN, *Über das römische Contumacialverfahren*, Monaco di Baviera, 1851
- E. HÖBENREICH, *Rc.* a L. FANIZZA, *L’assenza dell’accusato nei processi di età imperiale*, in *Gnomon*, 67 (1995), pagg. 698 ss.
- M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d’interpretazione*, in *Le Dodici Tavole dai decemviri agli umanisti* (a cura di M. HUMBERT), Pavia, 2005, pagg. 5 ss.

J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho romano*, Barcellona, 1982

O. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess zur Zeit der legis-actionen*, Berlino, 1872

M. KASER, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949

M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau, 1956

M. KASER, *Typisiert dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 65 (1962), pagg. 79 ss.

M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in *RIDA*, III, 14 (1967), pagg. 269 ss.

M. KASER, *“Noxae dedere” oder “noxae dare”*, in *ZSS*, 87 (1970), pagg. 445 ss

M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco di Baviera, 1996

J. M. KELLY, *Roman litigation*, Oxford, 1966

T. KIPP, *Die litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römische Civilprozess*, Lipsia, 1887

T. KIPP, *Die Prozesseileitung durch Litisdenuntiation und die dilation instrumentorum causa*, in *Festschrift Windscheid*, Halle (1889), pagg. 95 ss.

B. KÜBLER, *Miszellen. Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*, in *ZSS*, 27 (1906), pagg. 377 ss.

H. KRÜGER, *Das summam cognoscere und das klassische Recht*, in ZSS, 45 (1925), pagg. 76 ss.

U. LAFFI, *La Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64 (1986), pagg. 5 ss. (ora in ID., *Studi di storia romana e diritto*, Roma, 2001, pagg. 238 ss.)

F. LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio ed il garante nel vadimonium*, in *Studi Betti*, 3 (1962), pagg. 297 ss.

F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico*, Milano, 1963

H. LEGOHÉREL, *Reparatio temporum*, in *IURA*, 16 (1965¹), pagg. 76 ss.

O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edits und Edictcommentare*, in ZSS, 2 (1881), pagg. 14 ss.

O. LENEL, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS, 25 (1904), pagg. 232 ss.

O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grünhuts Zeitschrift*, 37 (1910), pag. 4

O. LENEL, *Textkritische miszellen*, in ZSS, 39 (1918), pagg. 119 ss.

O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Lipsia, 1927

O. LENEL, *Die Formeln der “actiones noxales”*, in ZSS, 47 (1927), pagg. 1 ss.

M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939

M. F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, in *Studi Albertario*, 1 (1953), pagg. 760 ss.

H. LÉVY- BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Parigi, 1934

H. LÉVY- BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947

H. LÉVY- BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Parigi, 1960

O. LICANDRO, *In ius vocatio e violazione del domicilio*, in *SDHI*, 47 (1991), pagg. 205 ss.

O. LICANDRO, *Domicilium. Il principio dell'inviolabilità dalle XII Tavole all'età tardoantica*, Torino, 2009

G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana II*, Bologna, 1948

G. I. LUZZATTO, *Rc. a J. M. KELLY, "Roman litigation"*, in *SDHI*, 32 (1966), pagg. 377 ss.

G. MAININO, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Milano, 2012

M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24 (1955), pagg. 5 ss.

M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26 (1957), pagg. 624 ss.

R. MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria*, Milano, 1960

R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto "appello dell'assente"*, in *AG*, 29 (1961), pagg. 35 ss.

A. MASI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *ED XII*, Milano, 1964, pagg. 155 ss.

D. MEDICUS, *Rc. a F. LA ROSA, L'«actio iudicati» nel diritto romano classico*, in *ZSS*, 81 (1964), pagg. 465 ss.

P. MEYLAN, *Deux traits peu remarqués de l'«in iure cessio»*, in *RIDA*, 6 (1951), pagg. 103 ss.

P. J. MINICONI, *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951

M. MOLÉ, voce *Sentenza* (diritto romano), in *NNDI*, XVI, Torino, 1969, pagg. 1085 ss.

T. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Lipsia, 1899

T. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, Berlino, 1905

J. C. NABER, *De "in iure cessio et confessio"*, in *On. Perozzi*, 1925, pagg. 341 ss.

G. NEGRI, *Appunti sull' 'indefensio' nella condictio certae creditae pecuniae ex lege Rubria*, in *Atti del III Convegno Studi Veleiati*, 1969, pagg. 223 ss.

G. NEGRI, *In margine alla lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Studi storici E. Nasalli Rocca*, 1971, pagg. 409 ss.

G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, - *Le origini* e II. *La regolamentazione decemvirale*, Torino, 1986

R. ORESTANO, *L'appello in diritto civile romano*, Torino, 1953

U. E. PAOLI, *La «in ius vocatio» dans les comédies de Plaute*, in *Studi Senesi*, 63 (1952), pagg. 283 ss., ora in ID., *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, pagg. 113 ss.

S. PEROZZI, *Dell'arbitrium litis aestimandae nella procedura civile romana*, Vicenza, 1884, ora in *Scritti giuridici*, 3. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, Milano, 1948, pagg. 422 ss.

E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Parigi, 1907

P. PETOT, *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Parigi, 1912

H. H. PFLÜGER, *Zur Lex Rubria*, in *ZSS*, 64 (1944), pagg. 360 ss.

G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970

G. PROVERA, «*Indefensio*» e legittimazione passiva alla rei vindicatio, in *Studi Grosso*, 6 (1974), pagg. 209 ss.

G. F. PUCHTA, *Institutionen*, I, Lipsia, 1893

G. PUGLIESE, *Le voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*, in *RIDA*, 2 (1949), pagg. 249 ss.

G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Studi Carnelutti*, II (1950), pagg. 130 ss.

G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi Albertario*, I, (1953), pagg. 251 ss.

G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, Milano, 1963

G. PUGLIESE, *Rc. a J. M. KELLY, "Roman litigation"*, in *Tijdschrift*, 35 (1967), pagg. 291 ss.

G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012

W. PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est*, Heidelberg, 1924

E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *ZSS*, 27 (1906), pagg. 309 ss.

L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961

L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965

H. J. ROBY, *Essays on the Law in Cicero's Private Orations*, Cambridge, 1902, pagg. 3 ss. come riprodotti in appendice a ID., *Roman private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge, 1902

A. RODGER, *Jurisdictional limits in the Lex Irnitana and the Lex de Gallia Cisalpina*, in *ZPE*, 110 (1996), pagg. 189 ss.

A. A. F. RUDORFF, *Römische Rechtgeschichte*, II, Lipsia, 1857

R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30 (1967), 108, pagg. 103 ss.

N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, I, Torino, 1973

S. SCHLOSSMANN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in *ZSS*, 24 (1903), pagg. 279 ss.

S. SCHLOSSMANN, *Die Gestellungsbürgschaft im römischen Formularprozess*, in *Grünhut's Zeitschr.*, 32 (1905), pagg. 193 ss.

V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Padova, 1936

W. SIMSCHÄUSER, *Rc. a U. LAFFI, La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *ZSS*, 105 (1988), pagg. 817 ss.

S. SOLAZZI, *L'editto "Qui absens iudicio defensus non fuerit"*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli, 1917, pagg. 411 ss.

A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, Monaco di Baviera, 1914

A. STEINWENTER, *Rc. a S. DI PAOLA, Confessio in iure*, in *Iura*, 4 (1953), pagg. 328 ss.

S. TAFARO, *Fideiussor iudicio sistendi causa*, in *Labeo*, 22 (1976), pagg. 232 ss.

S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1980

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

G. TIBILETTI, *Sulle leges romanae*, in *Studi P. De Francisci*, 4 (1956), pagg. 593 ss.

S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano, 1967

A. TORRENT, *A proposito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, in *AHDE*, 36 (1966), pagg. 593 ss.

E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano. Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38 (1930), pagg. 121 ss.

G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen III*, Mohr, 1913

M. A. VON BETHMANN- HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, I, Bonn, 1864

U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in *ZSS*, 68 (1951), pagg. 320 ss.

F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Lipsia, 1883

A. WACKE, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß*, in *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stoccarda, 1993, pagg. 369 ss.

L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901

L. WENGER, *Rc. a H. J. ROBY, Essays on the Law in Cicero' Private Orations*, in *ZSS*, 23 (1902), pagg. 469 ss.

- L. WENGER, *Prätor und Formel*, Monaco di Baviera, 1926
- L. WENGER, *Procedura civile romana*, trad. R. ORESTANO, Milano, 1938
- G. W. WETZELL, *Über das römische Vindicationsprozess*, Lipsia, 1845
- K. WIEDING, *Der justinianische Libellprozess*, Vienna, 1865
- M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS, 25 (1904), pagg. 81 ss.
- M. WLASSAK, *Zum römischen Provincialprozess*, in SB. Akad. Wiss. Wien, philol.-hist. Kl., 190. 4 (1919), pagg. 30 ss.
- M. WLASSAK, *Konfessio in Jure und Defensionsweigerung nach der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Monaco di Baviera, 1934

INDICE DELLE FONTI

Fonti letterarie

Asconius

Pro Cornelio de maiestate (Giarratano)

65. 11- 17

Aristoteles

Constitutio Athenarum

52. 1

Aulus Gellius

Noctes Atticae

11. 1. 4

17. 2. 10

11. 18. 8

20. 10. 7- 9

16. 10. 8

Cassiodorus

Variae

1. 19

Cato

De agri cultura

18. 7

38. 1

Censorinus

De die natali

23

24

Cicero

Brutus

41. 152

in Verrem

2. 1. 1-3

2. 2. 59

2. 1. 6

2. 2. 98- 99

Philippicae

5. 5. 14

pro Murena

12. 26

pro Quinctio

8. 30

19. 60

Festus Grammaticus (Lindsay)

De verborum significatu

Adorare [17 L.]

Supremum [396- 397 L.]

Ordinarium [198 L.]

Tempestatem [498- 499 L.]

Superstites [394- 395 L.]

Vindiciae [574 L.]

Livius

Ab urbe condita

25. 4. 9

Macrobius

Saturnalia

1. 3. 14

3. 16. 15- 16

Nonnius Marcellus

De compendiosa doctrina (ed. Lindsay)

Pag. 183

Plautus

Asinaria

II

4. vv. 480- 482

Curculio

V

2. vv. 620- 627

3. v. 683

Mostellaria

V

1. vv. 1088- 1092

Persa

IV

9. vv. 745- 750

Poenulus

V

4. v. 1225

6. vv. 1342- 1349

4. vv. 1229- 1233

6. v. 1360

4. v. 1237

Rudens

III

1. v. 608

6. vv. 860- 862

Truculentus

IV

3. vv. 840

Plinius maior

Naturalis historia

7. 60. 212

Plutarcus

Caius Graccus

3. 7

Priscianus

Institutiones grammaticae

10. 5. 32

Pseudo- Asconius

Ad Ciceronem in Verrem

2. 1. 26

Quintilianus

Institutio oratoria

1. 6

Rhetorica ad Herennium

2. 13. 20

Scaurus

De orthographia

p. 2253

Suetonius

Vita Claudii

15

Tacitus

Annales

4. 43

Varro

De lingua latina

6. 5

7. 51

Fonti giuridiche

CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones

4. 6. 23

4. 16. 3

4. 8

Digesta

2. 2 pr. (Ulp. 74 *ad ed.*)

2. 4. 8. 1 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 1 (Paul. 4 *ad ed.*)

2. 4. 9 (Paul. 4 *ad ed.*)

2. 4. 2 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 10. 5 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 3 (Callist. 1 *cognit.*)

2. 4. 10. 9 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 4 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 10. 12 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 4. 1 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 11 (Paul. 5 *ad ed.*)

2. 4. 4. 2 (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 12 (Ulp. 57 *ad ed.*)

2. 4. 7 (Paul. 4 *ad ed.*)

2. 4. 18 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*)

2. 4. 8 pr. (Ulp. 5 *ad ed.*)

2. 4. 19 (Paul. 1 *ad ed.*)

2. 4. 20 (Gai. 1 <i>ad leg. XII tab.</i>)	3. 3. 45 (Paul. 3 <i>ad ed.</i>)
2. 4. 21 (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	3. 3. 71 (Paul. 1 <i>sent.</i>)
2. 4. 22. 1 (Gai. 1 <i>ad leg. XII tab.</i>)	3. 5. 1. (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>)
2. 4. 24 (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)	4. 1. 7 pr. (Marcel. 3 <i>dig.</i>)
2. 4. 29 (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	4. 1. 7 (Marcel. 3 <i>dig.</i>)
2. 5. 1 (Ulp. 1 <i>ad ed.</i>)	4. 1. 8 (Mac. 2 <i>de appellat.</i>)
2. 5. 2 pr. (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	4. 4. 7. 12 (Ulp. 11 <i>ad ed.</i>)
2. 5. 2. 1 (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	4. 6. 1. 1 (Ulp. 12 <i>ad ed.</i>)
2. 6. 1 (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	4. 6. 7 (Ulp. 12 <i>ad ed.</i>)
2. 8. 2 pr. (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)	4. 6. 23. 4 (Ulp. 12 <i>ad ed.</i>)
2. 8. 2. 1 (Paul. 14 <i>ad ed.</i>)	4. 6. 26. 2 (Ulp. 12 <i>ad ed.</i>)
2. 8. 2. 2 (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 4 (Gai. 1 <i>ad ed. prov.</i>)
2. 8. 2. 5 (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 5 (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)
2. 8. 5. 1 (Gai. 1 <i>ad ed. prov.</i>)	5. 1. 19. 1 (Ulp. 60 <i>ad ed.</i>)
2. 8. 9 (Gai. 5 <i>ad ed. prov.</i>)	5. 1. 55 pr. (Ulp. <i>l. sing. off. ads.</i>)
2. 8. 10 pr. (Paul. 75 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 63 (Ulp. 49 <i>ad ed.</i>)
2. 10. 2 (Paul. 1 <i>ad Plaut.</i>)	5. 1. 68 (Ulp. 8 <i>disp.</i>)
2. 11. 5. 1 (Paul. 69 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 69 (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
2. 11. 10 pr. (Paul. 1 <i>ad Plaut.</i>)	5. 1. 70 (Ulp. 8 <i>disp.</i>)
2. 13 (<i>de edendo</i>)	5. 1. 71 (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
2. 14. 19 (Paul. 1 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 72 (Ulp. 8 <i>disp.</i>)
2. 15 (Pap. 2 <i>quaest.</i>)	5. 1. 73 pr. (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
3. 1. 1. 3 (Ulp. 6 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 73. 1 (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
3. 3. 8. 3 (Ulp. 8 <i>ad ed.</i>)	5. 1. 73. 3 (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
3. 3. 35. 3 (Ulp. 9 <i>ad ed.</i>)	6. 1. 6 (Paul. 6 <i>ad ed.</i>)
3. 3. 43. 6 (Paul. 9 <i>ad ed.</i>)	6. 1. 80 (Fur. Anth. 1 <i>ad ed.</i>)
3. 3. 44 (Ulp. 7 <i>disp.</i>)	8. 5. 18 (Iul. 6 <i>ex Min.</i>)
	9. 2. 21 pr. (Ulp. 23 <i>ad ed.</i>)

9. 4. 21. 2 (Ulp. 23 <i>ad ed.</i>)	37. 15. 2. 1 (Iul. 14 <i>dig.</i>)
9. 4. 21. 4 (Ulp. 23 <i>ad ed.</i>)	37. 15. 5 (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>)
9. 4. 22. 3 (Paul. 18 <i>ad ed.</i>)	37. 15. 5. 1 (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>)
9. 4. 28 (Gai. 6 <i>ad ed. prov.</i>)	37. 15. 6 (Paul. 11 <i>ad ed.</i>)
9. 4. 33 (Pomp. 14 <i>ad Sab.</i>)	37. 15. 7. 2 (Paul. 10 <i>ad ed.</i>)
10. 4. 3. 2 (Ulp. 24 <i>ad ed.</i>)	37. 15. 7. 4 (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>)
11. 1. 11. 4 (Ulp. 22 <i>ad ed.</i>)	37. 15. 7 pr. (Ulp. 10 <i>ad ed.</i>)
12. 3. 1 (Ulp. 51 <i>ad Sab.</i>)	38. 10. 10. 7 (Paul. <i>l. sing. de grad. et adfin. et nom. eo.</i>)
12. 3. 2 (Paul. 13 <i>ad Sab.</i>)	39. 2. 4. 5 (Ulp. 1 <i>ad ed.</i>)
15. 1. 50 pr. (Pap. 9 <i>quaest.</i>)	40. 5. 1 (Ulp. 14 <i>ad ed.</i>)
16. 3. 5. 2 (Ulp. 30 <i>ad ed.</i>)	40. 5. 20- 22 (Pap. 22 <i>quaest.</i>)
17. 2. 52. 18 (Ulp. 31 <i>ad ed.</i>)	40. 5. 28. 1 (Ulp. 5 <i>fideic.</i>)
19. 1. 11. 15 (Ulp. 32 <i>ad ed.</i>)	40. 5. 30. 5 (Ulp. 5 <i>fideic.</i>)
21. 1. 1. 1 (Ulp. 1 <i>ad ed. aed. cur.</i>)	40. 5. 47. 2 (Iul. 42 <i>dig.</i>)
21. 1. 1. 9 (Ulp. 1 <i>ad ed. aedil. curul.</i>)	40. 5. 51. 9 (Marcian. 9 <i>inst.</i>)
22. 5. 3. 5 (Call. 4 <i>de cogn.</i>)	40. 12. 27. 1 (Ulp. 2 <i>de off. cons.</i>)
23. 2. 44 pr. (Paul. 1 <i>ad l Iul. et Pap.</i>)	40. 12. 27. 2 (Ulp. 2 <i>de off. cons.</i>)
25. 2. 10 (Pomp. 16 <i>ad Sab.</i>)	41. 2. 3. 23 (Paul. 54 <i>ad ed.</i>)
26. 7. 38. 1 (Pap. 12 <i>quaest.</i>)	42. 1. 2 (Ulp. 6 <i>ad ed.</i>)
26. 10. 3. 15 (Ulp. 35 <i>ad ed.</i>)	42. 1. 31 (Call. 2 <i>cogn.</i>)
26. 10. 7. 3 (Ulp. 1 <i>de omn. trib.</i>)	42. 1. 53 pr. 1- 2 (Herm. 1 <i>epitom.</i>)
27. 1. 35 (Paul. 23 <i>quaest.</i>)	42. 1. 59. 3 (Ulp. 4 <i>de omn. trib.</i>)
29. 5. 3. 12 (Ulp. 50 <i>ad ed.</i>)	42. 1. 60 (Iul. 5 <i>dig.</i>)
37. 6. 1. 10 (Ulp. 40 <i>ad ed.</i>)	42. 4. 2 pr. (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)
37. 15. 2 pr. (Iul. 14 <i>dig.</i>)	

42. 4. 2. 2 (Ulp. 5 <i>ad ed.</i>)	48. 1. 10 (Pap. 2 <i>def.</i>)
42. 4. 7 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 1. 13 (Pap. 15 <i>resp.</i>)
42. 4. 7. 1 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 5. 16. 4 (Ulp. 2 <i>de adult.</i>)
42. 4. 7. 3 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 5. 39. 1 (Pap. 36 <i>quaest.</i>)
42. 4. 7. 4 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 3 pr.- 6 (Marcian. 14 <i>inst.</i>)
42. 4. 7. 7 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 4 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)
42. 4. 7. 8 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 5 pr. -2 (Marcian. 14 <i>inst.</i>)
42. 4. 7. 13 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 6- 7 (Ulp. 7 <i>de off. Pro-</i> <i>cons.</i>)
42. 4. 7. 14 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 8 (Maecen. 5 <i>publ.</i>)
42. 4. 7. 16 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 9 (Paul. 7 <i>ad ed.</i>)
42. 4. 7. 17 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 10 pr.- 2 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>)
42. 4. 7. 18 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 11 pr.- 2 (Paul. 5 <i>sent.</i>)
42. 4. 7. 19 (Ulp. 59 <i>ad ed.</i>)	48. 6. 12 (Paul. <i>l. S. ad SC</i> <i>Turpill.</i>)
42. 5. 5 (Ulp. 60 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 1 pr.- 2 (Marcian. 14 <i>inst.</i>)
42. 5. 22 (Ulp. 63 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 2 (Scaev. 4 <i>reg.</i>)
42. 5. 35 (Marcian. <i>l. sing. ad</i> <i>form. hypoth.</i>)	48. 7. 3 pr.- 2 (Macer 1 <i>publ.</i>)
42. 5. 36 (Ulp. 45 <i>ad Sab.</i>)	48. 7. 4 pr.- 1 (Paul. 55 <i>ad ed.</i>)
43. 1. 1. 3 (Ulp. 77 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 5 (Ulp. 69 <i>ad ed.</i>)
43. 4. 1 pr. (Ulp. 72 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 6 (Modest. 8 <i>reg.</i>)
43. 4. 1. 5 (Ulp. 72 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 7 (Call. 5 <i>de cogn.</i>)
43. 5. 3. 14 (Ulp. 68 <i>ad ed.</i>)	48. 7. 8 (Modest. 2 <i>de poen.</i>)
43. 16. 1. 43 (Ulp. 69 <i>ad ed.</i>)	48. 10. 9. 3 (Ulp. 8 <i>de off. pro-</i> <i>cons.</i>)
43. 29. 3. 14 (Ulp. 71 <i>ad ed.</i>)	48. 17. 5 pr. (Mod. 12 <i>pandect.</i>)
46. 7. 13 pr. (Ulp. 7 <i>disp.</i>)	48. 19. 4 (Marcian. 13 <i>inst.</i>)
47. 2. 3 pr. (Ulp. <i>ad Sab.</i>)	
47. 10. 7. 2 (Ulp. 57 <i>ad ed.</i>)	
47. 10. 23 (Paul. 4 <i>ad ed.</i>)	

- | | |
|--|--|
| 48. 19. 5 pr. (Ulp. 7 <i>de off. pro-cons.</i>) | 49. 14. 42. 1 (Val. 5 <i>fid.</i>) |
| 49. 1. 14 (Ulp. 4 <i>ad ed.</i>) | 49. 16. 6. 2 (Men. 3 <i>de re mil.</i>) |
| 49. 1. 14. 1 (Ulp. 14 <i>ad ed.</i>) | 50. 16. 22 (Gai. 4 <i>ad ed. prov.</i>) |
| 49. 1. 23. 3 (Pap. 19 <i>resp.</i>) | 50. 16. 39 (Paul. 53 <i>ad ed.</i>) |
| 49. 1. 28. 1 (Scaev. 25 <i>dig.</i>) | 50. 16. 40 (Ulp. 56 <i>ad ed.</i>) |
| 49. 4. 1. 15 (Ulp. 1 <i>de appellat.</i>) | 50. 16. 51 (Gai. 23 <i>ad ed. prov.</i>) |
| 49. 8. 1. 3 (Mac. 2 <i>de appellat.</i>) | 50. 16. 52 (Ulp. 61 <i>ad ed.</i>) |
| 49. 14. 2. 3-4 (Call. 2 <i>de iure fisci</i>) | 50. 16. 234. 1 (Gai. 2 <i>ad leg. XII tab.</i>) |
| 49. 14. 15. 2 (Maur. 3 <i>ad l. Iul. et Pap.</i>) | 50. 17. 52 (Ulp. 44 <i>ad ed.</i>) |
| 49. 14. 15. 4 (Mauric. 3 <i>ad l. Iul. et Pap.</i>) | 50. 17. 108 (Paul. 4 <i>ad ed.</i>) |
| | 50. 17. 140 (Ulp. 56 <i>ad ed.</i>) |
| | 50. 17. 156 pr. (Ulp. 70 <i>ad ed.</i>) |
| | 50. 17. 199 (Iav. 6 <i>epist.</i>) |

Codex

- | | |
|--|---|
| 1. 12. 6 (Imp. Leo a. 466) | 5. 43. 3 (Imp. Alex. a. 229) |
| 1. 17. 2. 16 (Imp. Iust. a. 533) | 6. 6. 1 (Imp. Alex. a. 223) |
| 1. 49. 1. 1 (Imp. Zeno a. 479) | 6. 7. 2 (Imp. Cost. a. 326) |
| 2. 14. 1 (Impp. Arc. et Hon. a. 400) | 7. 4. 11. 1 (Impp. Diocl. et Max. s.d.) |
| 2. 50. 4 (Imp. Gord. a. 239) | 7. 17. 1. 2 (Imp. Iust. a. 528) |
| 2. 52. 6 (Imp. Const. a. 326) | 7. 21. 8 (Imp.. Diocl. et Max. a. 299) |
| 3. 1. 13 (Imp. Iust. a. 530) | 7. 35. 2 (Impp. Diocl. et Max. a. 286) |
| 3. 11. 2 (Impp. Diocl. et Max. a. 294) | 7. 39. 8. 3 (Imp. Iust. a. 528) |
| 3. 13. 4 (Imp. Const. a. 331) | 7. 43. 2 (Imp. Gord. a. 238) |
| 3. 19. 2 (Imp. Const. a. 331) | |

7. 43. 3 (Imp. Gord. a. 239)	8. 33. 3. 3b (Imp. Iust. a. 530)
7. 43. 4 (Imp. Phil. a. 244)	8. 36. 2 (Imp. Const. a. 331)
7. 43. 5 (Imp. Phil.)	8. 40. 26 (Imp. Iust. a. 530)
7. 43. 7 (Impp. Diocl. et Max. a. 290)	8. 40. 27 (Imp. Iust. a. 531)
7. 43. 8-9 (Impp. Dioc. et Max. a. 290)	9. 39. 2 (Imp. Marc. a. 451)
7. 43. 10 (Impp. Diocl. et Max. a. 291)	10. 19. 2. 1 (Imp. Const. a. 320)
7. 43. 11 (Impp. Diocl. et Max.)	10. 19. 7 (Imp. Arc. et Hon. a. 401)
7. 53. 4 (Impp. Dioc. et Max. a. 292)	10. 21. 1 (Imp. Const. a. 327)
7. 63. 1 (Imp. Const. a. 320)	10. 32. 51 (Impp. Arc. et Hon. a. 399)
7. 65. 1 (Imp. Anton. a. 213)	11. 10. 3 (Impp. Arc. et Hon. a. 398)
7. 65. 4 (Impp. Valent. Val. et Grat. a. 368)	11. 58. 3 (Impp. Grat., Valent. et Theod. a. 386)
7. 72. 9 (Impp. Diocl. et Max. a. 299)	12. 22. 2. 2 (Imp. Const. a. 357)
7. 72. 10. 2 (Imp. Iust. a. 532)	12. 38. 2 (Imp. Arc. et Hon. a. 404)
8. 6. 1 (Impp. Diocl. et Max. a. 294)	12. 57. 6 (Impp. Grat., Val. et Arc. a. 385)

Novellae

8. 1	69. 3
53. 4	112. 6
65. 2	

Codex Theodosianus

2. 4. 2	11. 1. 27
2. 6	11. 7. 3
2. 6. 1	11. 7. 4
2. 6. 1	11. 7. 16
2. 6. 3	11. 30. 16- 17
2. 7. 1	11. 30. 59
2. 7. 2	11. 31
2. 14. 1	11. 31. 1
2. 16 pr.	11. 31. 3
2. 18. 2	11. 31. 4
3. 19. 2.	11. 31. 5
4. 22. 3	11. 31. 6
4. 5. 1	11. 34. 1
6. 4. 13	11. 36. 1
6. 27. 10	11. 36. 19
6. 27. 15. 4	11. 36. 28
6. 29. 2. 2	11. 36. 31
7. 18. 8. 2	12. 1. 23
7. 20. 2. 2	12. 1. 146
7. 5. 2	12. 1. 146. 2
8. 5. 37	12. 1. 161. 9
8. 14. 11	12. 38. 2
9. 36. 1	13. 11. 3
9. 40. 1	14. 10. 3
10. 10. 31	16. 10. 13. 1
10. 13. 1	40. 30. 2

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

1. 8. 2. 1

Constitutiones Sirmondianae

11. 6. 2 (Impp. Hon. et Theod. a.
412)

13. 14 (Impp. Hon. et Theod. a.
419)

6. 32 (a. 408)

Edictum Theodorici

145

Epitome Codicis Gregoriani Wisigothica

10. 13. 1

Gaius

Institutiones

3. 17

4. 17b- 18

3. 78

4. 21- 25

3. 186

4. 24

3. 188

4. 29

3. 189

4. 46

3. 191

4. 82

3. 192

4. 89

3. 193

4. 91

4. 15

4. 101

4. 16

4. 102

4. 17a

4. 163

4. 165	4. 183
Lex XII Tabularum	
1- 3	6- 9
Novellae Valentiniani III	
35. 14	35. 15
Pauli Sententiae	
1. 11. 1	5. 5a. 6
2. 14. 7	5. 25. 5
5. 5a. 5b	5. 26
Probus	
<i>Notae iuris antiqui</i>	
4. 1	4. 10
4. 3	
Symmachus	
<i>Relationes</i>	
32	39
33	
Ulpianus	
<i>Regulae</i>	
19.9- 10	

Vaticana Fragmenta

92

167

156

Fonti epigrafiche e papiracee

Lex Rubria de Gallia Cisalpina

19- 23

P. Hamb. I, 29 *ed.* Meyer, *l.* 1- 9

P. Tor. 13 *ed.* Peyron

P. Strassb. I, 22 *ed.* Preisigke

P. Oxy 3759 LIV *ed.* Meyer